B 624

34.11

REVUE HISTORIQUE

DE

DROIT FRANÇAIS

ET ÉTRANGER.

PARIS. — TYPOGRAPHIE HENNUYER ET FILS, RUE DU BOULEVARD, 7.

REVUE HISTORIQUE

DE

DROIT FRANÇAIS

ET ÉTRANGER

PUBLIÉE SOUS LA DIRECTION DE MM.

ÉD. LABOULAYE,

Membre de l'Institut,
Professeur de législation comparée au Collége de France;

E. DE ROZIÈRE,

Inspecteur général des Archives;

R. DARESTE,

Avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation;

C. GINOULHIAC,

Professeur d'histoire du droit à la Faculté de Toulouse.

TOME DIXIÈME.

PARIS

AUGUSTE DURAND, LIBRAIRE, RUE DES GRÈS, 7.

1864

REVUE HISTORIQUE

DE DROIT FRANÇAIS

ET ÉTRANGER.

DU CLASSEMENT AU POINT DE VUE DOMANIAL

DES ÉDIFICES AFFECTÉS A UN SERVICE PUBLIC NATIONAL, DÉPARTEMENTAL OU COMMUNAL.

(Suite[1].)

CHAPITRE V.

EXPOSÉ DE LA VÉRITABLE THÉORIE DE LA LOI SUR LA COMPOSITION DU DOMAINE PUBLIC, DANS SON APPLICATION AUX ÉDIFICES CONSACRÉS A UN SERVICE PUBLIC.

65. Formule de la théorie de la loi relativement aux édifices affectés à un service public.
66. Ses avantages juridiques.
67. Eléments de la démonstration.
68. Le siége de la matière est dans les articles 538 et 540 du Code Napoléon ; division en deux sections.

65. Nul bâtiment ou édifice quelconque ne fait partie du domaine public, ne peut être inaliénable et imprescriptible, à moins qu'il n'existe une disposition législative spéciale imprimant ce caractère, soit à cet édifice considéré isolément, soit à toute la

[1] Voir *Revue historique;* livraison de novembre-décembre 1863, t. IX, p. 493.

catégorie de ceux affectés au même service ou au même usage public.

Telle est la formule exacte de la théorie radicale que nous croyons être celle de la loi. Elle refuse à l'affectation qu'un édifice domanial peut recevoir l'effet d'en changer le caractère et la nature légale ; elle refuse à tout bâtiment, quel qu'il soit, le privilége de la domanialité publique, à l'exception de ceux pour lesquels une loi spéciale en dispose autrement.

Déjà dans le cours de ce travail, en exposant le sujet et surtout en réfutant les théories contraires, nous avions émis cette idée ; le moment est venu d'en produire la démonstration.

66. Cette théorie ne possède pas seulement le mérite de la précision et de la netteté ; elle a aussi l'avantage d'une grande facilité d'application. Nécessité d'un texte spécial pour classer dans le domaine public un édifice domanial, voilà le principe régulateur dans lequel le jurisconsulte et le magistrat doivent trouver un guide facile et sûr. Il a surtout l'avantage de s'appuyer tout entier sur la loi elle-même, de ne laisser aucune place à l'arbitraire. Enfin, il rend au droit commun de la domanialité tout son empire, et fait rentrer l'exception de l'inaliénabilité dans de justes limites.

67. Cette théorie se fonde sur l'absence d'une disposition législative générale qui classe *ipso jure* dans le domaine public les bâtiments affectés à un service public. Elle repose sur l'argumentation suivante :

« Une chose domaniale ne peut faire partie du domaine public, être inaliénable et imprescriptible qu'en vertu d'un texte de loi général ou spécial. — Or il n'existe pas de texte général qui classe dans le domaine public ou frappe d'inaliénabilité tous les bâtiments affectés à un service public. — Donc il n'y a dans le domaine public, il n'y a d'inaliénables et d'imprescriptibles que les bâtiments auxquels un texte spécial imprime ce caractère. »

La majeure de ce syllogisme, à savoir la nécessité d'un texte pour attacher à une circonstance déterminée la domanialité publique et l'inaliénabilité, est désormais acquise à la discussion. Du reste, il n'est pas sérieusement contestable, et nul n'a soutenu qu'un élément quelconque de la fortune nationale, départementale ou communale, pût être frappé d'indisponibilité,

c'est-à-dire soustrait au droit commun de la domanialité, autrement qu'en vertu d'une disposition législative.

Cette disposition peut être générale ou spéciale.

Elle sera générale, si le législateur a dit quelque part « que tout bâtiment affecté à un service public serait, en vertu de cette affectation même, et tant qu'elle dure, classé dans le domaine public. » Nous soutenons qu'il n'existe aucune disposition de cette nature, ni dans la loi civile, ni dans les lois administratives. C'est la mineure de notre syllogisme, à savoir l'absence de disposition générale attachant aux bâtiments investis de cette affectation la domanialité publique.

C'est sur ce point que doit porter notre démonstration.

Une fois qu'elle sera établie, la conclusion du syllogisme sera justifiée, à savoir qu'il n'y a dans le domaine public, qu'il n'y a d'inaliénables et d'imprescriptibles que les bâtiments domaniaux auxquels une disposition législative spéciale a conféré ce caractère.

68. La démonstration que nous devons faire et dont nous venons de préciser l'objet serait embarrassante par sa nature même, en ce qu'il s'agit de prouver un fait négatif, celui de la non-existence dans l'économie de nos lois d'un texte contenant telle disposition déterminée. Mais nous n'avons pas à nous consumer en de vaines recherches. Il n'est qu'un texte dans lequel on puisse songer à trouver cette disposition générale dont nous nions l'existence. Nous voulons parler de la partie finale de l'article 538 du Code Napoléon. Les partisans du système contraire l'indiquent eux-mêmes, et M. Gaudry (t. Ier, n° 66, p. 103) dit que c'est dans cette disposition qu'il puise l'*extension* par lui donnée au domaine public.

L'article 538 du Code Napoléon est en effet le siége de la matière. Nous devons donc en présenter le commentaire, au point de vue qui fait l'objet de ce travail ; nous devons montrer que la partie finale de sa disposition n'a pas la portée que lui donnent nos contradicteurs en ce qui concerne les bâtiments en général, et notamment ceux affectés à un service public.

Nous devrons commenter aussi, sous le même rapport, l'article 540 du Code Napoléon, naturellement appelé dans une question de cette nature à jouer un rôle important, et qui nous

paraît éclairer d'une vive lumière l'interprétation que comporte la partie finale de l'article 538.

Deux sections distinctes vont être consacrées au commentaire ainsi entendu, *secundum subjectam materiam*, de ces deux articles.

PREMIÈRE SECTION.

Commentaire de l'article 538 *du Code Napoléon.*

69. Economie de l'article 538 ; les édifices rentrent-ils dans sa disposition ?
70. Observation préalable tirée du défaut de mention des édifices publics dans cet article.
71. Sens des mots « *portions du territoire français* » exclusifs des bâtiments et édifices.
72. Sens des mots « *non susceptibles d'une propriété privée* » également exclusifs des bâtiments et édifices.
73. Observation relative à l'affectation à une jouissance directe et commune, qui forme l'un des caractères distinctifs de toutes les dépendances du domaine public énumérées dans l'article 538.
74. Trois conditions d'application de la disposition finale de l'article 538.
75. Application pratique de cette disposition, ainsi interprétée, à diverses dépendances du domaine public non comprises dans l'énumération de l'article.
76. Conclusion relative aux bâtiments et édifices, auxquels ces trois conditions d'application font défaut.
77. Examen des travaux préparatoires du Code.
78. Silence de la législation antérieure.

69. L'article 538 du Code Napoléon, qui reproduit textuellement l'article 2 de la loi des 22 novembre-1er décembre 1790, se divise en deux parties distinctes, mais inséparables l'une de l'autre et s'interprétant l'une par l'autre. La première partie de l'article [1] contient l'énumération des principales dépendances du domaine public existantes en 1804. La sconde partie de l'article vient con-

[1] Cet article est ainsi conçu : « Les chemins, routes et rues à la charge de l'Etat, les fleuves et rivières navigables ou flottables, les rivages, lais et relais de la mer, les ports, les havres, les rades, et généralement toutes les portions du territoire français qui ne sont pas susceptibles d'une propriété privée, sont considérés comme des dépendances du domaine public. » — On sait que la mention des *lais et relais de la mer* dans cet article est l'effet d'une erreur rectifiée par l'article 41 de la loi du 16 septembre 1807, qui autorise le gouvernement à en faire des concessions comme formant partie du domaine privé de l'Etat.

stater le caractère purement énonciatif de l'énumération qui précède.

La première partie de l'article procède par voie de désignation spéciale des dépendances les plus considérables du domaine public; la seconde partie de ce texte procède par voie de disposition générale, au profit des dépendances du domaine public non comprises dans l'énumération, quoique présentant les mêmes caractères.

Or il s'agit de savoir si cette partie finale de l'article 538 du code Napoléon « *et généralement toutes les portions du territoire français qui ne sont pas susceptibles de propriété privée* » comprend les bâtiments et édifices affectés à un service public. Les auteurs adverses l'affirment. Nous croyons le contraire.

70. La lecture entière de l'article suggère une observation préalable, tirée de son silence absolu en ce qui concerne les édifices. Cet article ne nomme aucune dépendance du domaine public, consistant en un terrain bâti, chargé de construction. Cette absence de toute mention dans l'article 538 d'un élément de cette nature, comme figurant parmi les dépendances du domaine public, est sans doute insuffisante pour en faire prononcer l'exclusion, mais elle n'en a pas moins son importance. Il est étonnant que ces édifices publics, si nombreux, si connus du législateur, aussi bien en 1790 qu'en 1804, ne soient mentionnés dans le texte par aucune espèce d'indication. Cela surprend d'autant plus, que ce prétendu *domaine public monumental* serait plus vaste et plus opulent, par la quantité considérable de bâtiments dont on le dit composé sur toute la surface du territoire.

71. Le texte lui-même répugne à s'adapter aux bâtiments et constructions. Pour s'en rendre compte, il suffit d'analyser chacun des termes dont se compose la partie de l'article qui admet au classement et aux priviléges de la domanialité publique « toutes les portions du territoire français qui ne sont pas susceptibles d'une propriété privée. »

Le sens de cette première proposition « *toutes les portions du territoire français* » est inapplicable aux constructions diverses dont nous parlons, quel que soit le nom qu'on leur donne. C'est forcer le sens des mots que d'appeler ainsi l'hôtel d'un ministère, d'une préfecture, d'une mairie, ou tout autre bâtiment affecté à un service public quelconque. En un mot, il serait

ridicule, autant que peu conforme au sens ordinaire des mots, d'appeler une maison, si grande et si belle qu'on la suppose, une *portion du territoire français*. Ces expressions ne peuvent embrasser que des parties du sol nues de bâtiments, ou sur lesquelles certaines constructions ne se trouveraient qu'à titre d'accessoires. Elles ne peuvent s'appliquer principalement à des bâtiments.

Tout se tient et s'enchaîne d'ailleurs dans ce texte, et la première partie de l'article doit nécessairement servir à l'interprétation de la seconde. Or, parmi les dépendances du domaine public qu'il énumère, l'article 538 du Code Napoléon ne place que des parties du sol nues de constructions. Chaque membre de cette énumération répond parfaitement à la dénomination de *portions du territoire*, qui, dans la partie finale de l'article, ne peut désigner que des choses analogues.

Telle est, d'après nous, l'idée mère qui doit servir de base à l'interprétation de l'article 538.

72. Si nous recherchons le sens exact de la seconde proposition : « toutes portions du territoire français *qui ne sont pas susceptibles d'une propriété privée*, » on reconnaît qu'elle est également exclusive des bâtiments et édifices.

C'est la nature physique des choses du domaine public qui les distingue de celles auxquelles la propriété privée s'applique et les soustrait à son action. Voyez (n° 77) le rapport de M. Goupil-Préfeln. Tel est le caractère des dépendances du domaine public énumérées dans la première partie de l'article ; il est incontestable que les rivages de la mer, que les fleuves, les ports, les havres, les rades, sont *par leur nature*, non susceptibles de propriété privée.

En ce qui concerne les chemins, routes et rues, cette vérité est moins apparente en ce qu'il existe des chemins privés ; mais ces chemins, pris par les propriétaires sur leurs terres pour leur desserte ou leur exploitation, en font juridiquement une partie intégrante, et n'ont rien de commun, ni en droit ni en fait, avec les chemins, routes et rues dont parle l'article 538. Or il est bien certain qu'il est de la nature de ces chemins, de ces routes, de toute rue, tant qu'ils restent à l'état de voies de circulation, de ne pouvoir être la propriété d'un particulier ; ils ne peuvent entrer dans la fortune privée qu'en perdant leur nature physique de voies de circulation.

Il n'en est pas ainsi des bâtiments et édifices affectés à un service public. Ils sont toujours et par leur nature même *susceptibles d'une propriété privée*. Il est impossible de se soustraire à l'évidence de ce fait, que ce sont des maisons, les unes grandes et belles, les autres petites et laides, mais des maisons de la même nature que celles qui se trouvent dans le domaine privé de l'État, du département et de la commune; il en est si bien ainsi, que c'est là, dans leur domaine privé, que l'Etat, le département et la commune vont de préférence, avant de construire à nouveau, chercher les bâtiments qu'il convient d'affecter à leurs services publics.

Il y a plus, ces bâtiments ainsi affectés sont de la même nature que les constructions appartenant à de simples particuliers. Combien de communes de France où il ne serait pas facile de reconnaître la maison commune de celle des habitants, sans le drapeau tricolore qui parfois la distingue? Le plus souvent dans nos riches cités, même dans la capitale, où se pressent tant d'hôtels opulents, simples propriétés privées, « la garde qui monte » aux portes des préfectures et des ministères peut seule révéler la présence des premiers services administratifs de l'empire. Combien de fois d'ailleurs ne voit-on pas des maisons et bâtiments privés, achetés ou loués par l'État, les départements et les communes, à de simples citoyens pour être affectés aux services publics?

Les édifices affectés à des services publics ont toujours le même aspect, le même état, la même *nature* physique avant, pendant et après leur affectation; ce sont toujours des maisons ou des bâtiments parfaitement susceptibles de propriété privée. Sous ce rapport encore la disposition finale de l'article 538, rapprochée de l'énumération qui commence l'article, exclut les édifices de son cercle d'application.

73. Une dernière observation résulte de l'analyse attentive de l'article 538; elle rappelle une distinction, dont nous avons établi déjà la réalité [n°s 59 et 60], entre l'affectation d'une chose à la jouissance commune et publique et l'affectation à un service public. Il est certain, et nulle contestation ne peut s'élever à ce sujet, que toutes les dépendances du domaine public comprises dans l'énumération de l'article 538 sont livrées à l'usage direct et libre du public. Il est logique d'induire de

cette circonstance incontestable que le législateur a entendu, par la disposition générale qui termine l'article, ne désigner que des choses ayant la même destination.

Des auteurs considérables, dont nous avons déjà indiqué l'opinion conforme à notre manière de voir sur ce classement, se sont rangés à cette idée en définissant le domaine public. C'est ainsi que MM. Macarel et Boulatignier (*Traité de la fortune publique*, t. Ier, p. 39, n° 18) ont dit : « L'une des branches du domaine national, à laquelle on donne le nom de domaine public, comprend toute cette portion des biens *qui restent en jouissance commune, et dont les étrangers eux-mêmes peuvent profiter comme les nationaux.* » — C'est aussi en ce sens qu'il est parfaitement exact de dire, comme l'a fait M. Dufour (t. V, 2e édit., p. 77), « que *la destination à une jouissance commune* forme le caractère distinctif des dépendances du domaine public, et que ce domaine embrasse tous les objets qui présentent ce caractère. »

C'est également en ce sens que le Conseil d'Etat, dans deux affaires concernant les plages de la Manche, et que nous ne citons qu'à titre d'exemple, a décidé que « les rivages de la mer font partie du domaine public, et qu'*il suit de là que tout le monde a droit d'y accéder librement.*» (Conseil d'État, 19 mai1858, Vernes *c.* maire de Trouville ; — *sic* 30 avril 1863, Bourgeois *c.* ville de Boulogne ; — *sic* cassation, 18 sept. 1828, Dev., collection nouvelle, t. IX, 1, 170.)

Or les édifices ne remplissent pas plus, en général, cette condition que les précédentes. Presque tous les bâtiments sont soutraits à la jouissance commune des citoyens. L'affectation à un service public est parfaitement distincte de cette jouissance commune, et l'énumération de l'article 538 ne contient pas un seul élément dont l'affectation n'ait ce dernier caractère. Sans constituer le motif déterminant de la solution, c'est cependant un motif de plus de refuser de comprendre les bâtiments, et particulièrement tous les édifices affectés à un service public, dans la disposition générale de l'article 538.

Il convient de reconnaître qu'il peut exister certaines classes assez rares d'édifices répondant à cette condition de destination à une jouissance directe et commune. Il en est ainsi notamment des églises, affectées non à un service public, mais à la jouis-

sance du public, non-seulement aux heures d'offices, mais à toute heure du jour, pour la libre prière des fidèles. Ce ne serait pas toutefois un motif suffisant pour classer ces édifices dans le domaine public ; car les deux autres conditions exigées par l'article 538, *in fine*, leur font défaut. Nous déterminons plus loin [nos 85 à 88] la nature légale des églises en justifiant leur classement dans le domaine public ; il suffit de constater ici que ce classement ne saurait être fondé sur la disposition de l'article 538 ; ce texte ne leur est pas applicable, parce que, bien que livrées à l'usage direct du public, elles ne remplissent pas plus que les édifices affectés à un service public les deux autres conditions exigées par la disposition finale de cet article.

74. Pour résumer cette exégèse de l'article 538, constatons que la disposition générale qui le termine ne doit embrasser que des choses de même nature que celles comprises dans l'énumération de sa première partie. Pour que cette identité de nature existe entre les dépendances du domaine public énumérées par l'article et celles qu'il convient d'y ajouter en vertu de la disposition finale, trois conditions sont nécessaires. Toute chose domaniale est exclue de la sphère d'application de l'article 538 lorsqu'elle ne remplit pas les trois conditions que voici :

1° D'être une *portion du territoire français*, c'est-à-dire de consister en une partie du sol nue de bâtiments ;

2° D'être *non susceptible d'une propriété privée*, c'est-à-dire d'échapper naturellement et dans son état physique actuel à l'appropriation privée ;

3° D'être directement livrée à la jouissance commune des nationaux et même des étrangers.

Ces trois conditions font défaut à tout bâtiment, en général, et particulièrement aux édifices affectés à un service public ; donc l'article 538 ne leur est pas applicable.

75. Ce serait une erreur de croire que la disposition générale de l'article 538, ainsi entendue, pût se trouver sans objet. Ces autres dépendances du domaine public, qui, malgré leur défaut de mention spéciale dans l'article 538, doivent cependant être classées dans ce domaine à l'égal des routes à la charge de l'Etat, des rivages de la mer, des fleuves, etc., sont nombreuses encore. Elles justifient suffisamment cette disposition générale,

sans qu'il soit nécessaire de faire violence au texte pour y introduire des éléments d'une autre nature et dont la destination est différente.

Voici la liste, que nous présentons à titre purement énonciatif, de ces autres dépendances du domaine public, classées dans ce domaine par application de l'article 538 *in fine :*

1° Certaines choses du domaine public national non comprises dans l'énumération de l'article 538, soit parce que le législateur les a omises, soit parce qu'elles n'existaient pas encore en 1804, telles que :

a. Les canaux de navigation, affectés comme les routes de terre et comme les fleuves à l'usage de tous, et constituant des voies de communication pour le transport des marchandises et des voyageurs. Concédés ou non, dans les mains de compagnies comme aux mains de l'État, ils forment des dépendances du domaine public national (loi du 14 floréal an IV).

b. Les ponts, avec ou sans péage, établis sur les fleuves, canaux, rivières navigables ou non navigables, font partie du domaine public communal.

c. Les chemins de fer. Construits par l'État ou concédés par lui, pendant comme après l'expiration de la concession, ils sont dépendances du domaine public. Les compagnies ne sont, quant à la création du chemin, que des entrepreneurs de travaux publics, et, quant à son exploitation, que les entrepreneurs d'un service public.

2° Les portions du territoire faisant partie du domainepublic départemental; telles sont les routes départementales construites aux frais des départements postérieurement au décret du 16 décembre 1811, contenant règlement sur la construction, la réparation et l'entretien des routes.

3° Les portions du territoire faisant partie du domaine public communal, tels que les chemins vicinaux (loi du 21 mai 1836, art. 10), les chemins ruraux (sauf controverse), les rues et places des villes, bourgs et villages.

76. Toutes ces choses remplissent les trois conditions ci-dessus établies comme résultant de la teneur de l'article 538 du Code Napoléon. On voit par cette énumération, que le cercle d'application de sa disposition finale est assez vaste encore, sans qu'il soit besoin de forcer ses termes et son esprit pour y

faire entrer un *domaine public monumental* que le législateur n'a jamais eu la pensée d'y placer.

77. On demeure convaincu de cette dernière vérité en jetant les yeux sur les travaux préparatoires du Code pour les rapprocher du texte de la loi. Il n'est fait allusion nulle part au classement des édifices dans le domaine public inaliénable. Les observations des tribunaux d'appel, si nos recherches sont exactes, n'en ont fait aucune mention ; au cours de la discussion au sein du Conseil d'Etat nul n'en a parlé ; les discours officiels gardent, sur l'existence d'un élément du domaine public qui serait aussi considérable, le mutisme le plus complet.

Les paroles de l'un des orateurs, exposant les idées et les principes dont l'article 538 est l'expression, tendraient même à justifier notre assertion, que le législateur n'a pas eu la pensée de classer dans le domaine public, et de frapper d'indisponibilité les bâtiments affectés ou non à un service public.

« *Les biens sont susceptibles ou non de propriété privée*, dit M. Goupil-Préfeln [1]; ceux qui, *quoique susceptibles de propriété privée*, n'appartiennent pas à des particuliers, sont administrés et ne peuvent être aliénés que dans des formes et suivant des règles spéciales ; le Code civil est étranger à ces formes et à ces règles. Les chemins, routes et rues à la charge de la nation, les fleuves et rivières navigables ou flottables, les rivages, lais et relais de la mer, les ports, havres et rades, les portes, murs, fossés et remparts des places de guerre et des forteresses sont, *par leur nature*, des dépendances nécessaires du domaine public; ils sont inaliénables tant qu'ils conservent cette destination et conséquemment imprescriptibles, car la prescription est un moyen d'aliénation. »

78. Si du Code Napoléon on remonte à la loi des 22 novembre-1er décembre 1790, on constate le même fait. Un égal silence est gardé à cet égard par le législateur d'alors, même dans le rapport sur cette loi présenté à l'Assemblée constituante, par le député Enjubault, au nom du comité des domaines.

Il est inutile de poursuivre plus haut dans le passé ces investigations. L'ancien droit domanial de la France ne connaissait

[1] Rapport fait au Corps législatif au nom du Tribunat, le 29 nivôse an XII (29 janvier 1804). Fenet, t. XI, p. 538.

pas la distinction moderne, encore incomplétement établie en 1790, entre le domaine public et le domaine privé. Tout le monde sait que la célèbre *ordonnance du domaine,* donnée à Moulins en février 1566, à laquelle le chancelier Michel de L'Hopital a attaché son nom, et qui a définitivement introduit dans notre droit public le principe de l'inaliénabilité domaniale, l'appliquait indistinctement (sauf l'exception mal conçue du *petit domaine*, écrite dans un autre édit du même jour) à ce qui fait aujourd'hui partie du domaine privé de l'État, aussi bien qu'aux dépendances du domaine public.

Le passé peut toutefois être utilement consulté en cette matière, relativement aux églises, qui, non comprises dans notre ancienne jurisprudence parmi les dépendances du domaine, n'étaient point soumises par ce motif aux prescriptions de l'ordonnance de 1566, et cependant étaient reconnues comme inaliénables et imprescriptibles en vertu de considérations d'une autre nature [voir nos 85 à 88].

Si de l'ancien droit français nous reportons nos regards vers la législation romaine, nous y trouvons le paragraphe 6 du titre Ier du livre II des *Institutes* de Justinien [1], qui, en opposant les *res universitatis* aux *res singulorum*, ne se préoccupe nullement du point de savoir si les choses qu'il désigne font partie d'un domaine privé ou d'un domaine public des villes. M. Foucart lui-même déclare (t. III, n° 1655) qu'aujourd'hui les *théâtres* dont parle Justinien, étant aux mains des villes des objets d'exploitation, font partie de leur domaine privé et non de leur domaine public.

DEUXIÈME SECTION.

Commentaire de l'article 540 du Code Napoléon.

79. Nécessité de rapprocher, pour la solution, l'article 540 de l'article 538.

80. Pourquoi le législateur a-t-il formulé la disposition spéciale de l'article 540 après la disposition générale qui termine l'article 538?

81. Les forteresses n'étaient pas comprises dans la disposition générale de l'article 538.

[1] « Universitatis sunt, non singulorum, veluti quæ in civitatibus sunt, « theatra, stadia, et si qua alia sunt communia civitatum. »

82. L'article 540 serait inutile si telle n'était la véritable théorie de la loi.

83. Ce texte confirme l'interprétation donnée à l'article 538 et forme une première application de la théorie exposée.

79. L'étude de l'article 538, à laquelle nous venons de procéder, suffit à démontrer que ce texte, véritable siége de la matière, est pleinement étranger aux bâtiments et constructions, et ne contient pas la disposition générale qui serait nécessaire pour introduire dans le domaine public l'ensemble des édifices affectés à un service public.

Mais il est un autre texte, qui appartient aussi complétement que l'article 538 à la question de domanialité des bâtiments et constructions affectés à un service public. L'article 538 ne peut être isolé de l'article 540 qui le suit de si près et que sa rédaction grammaticale, aussi bien que l'objet de sa disposition, devait faire placer immédiatement après lui [1]. Dans le rapprochement de ces deux textes, l'interprétation déjà donnée au premier trouve son complément, sa preuve et son application.

80. L'article 540 place dans le domaine public les portes, les murs, les remparts des places de guerre, les forteresses. L'étude de cet article, lorsqu'on le rapproche de l'article 538, soulève naturellement une question à l'examen de laquelle il n'est pas possible de se soustraire. Pourquoi le législateur a-t-il placé dans le Code, après la disposition générale qui termine l'article 538, la disposition spéciale aux forteresses de l'article 540?

On ne peut se borner à répondre que cet article, contenant en résumé l'énumération plus étendue de la loi des 8-10 juillet 1791, a été emprunté à l'article 5 de la loi des 22 novembre-1er décembre 1790, dont l'article 2 est également devenu l'article 538 du Code; on ne peut, en un mot, se borner à répondre que le législateur de 1804 a imité celui de 1790. Ce serait une réponse

[1] L'article 540 est ainsi conçu : « Les portes, murs, fossés, remparts des places de guerre et des forteresses, font aussi partie du domaine public. » — Nous n'avons pas à insister ici sur ce qu'il y a d'incompatible entre le mot *aussi* de l'article 540 et sa place après l'article 539 qui est relatif à des dépendances du domaine privé de l'Etat; nous n'avons pas à relever non plus dans ce travail les deux inexactitudes bien connues de la rédaction actuelle de l'article 539 et de l'article 541, étrangers l'un et l'autre à la composition du domaine public.

puérile, ayant pour seule conséquence de reporter plus loin la question, et de forcer à se demander, ce qui revient au même, pourquoi la loi de 1790, après la disposition générale de son article 2 (article 538 du Code), a écrit dans son article 5 (article 540 du Code) la disposition spéciale qui classe nominativement les forteresses dans le domaine public?

81. Dans la théorie que nous avons exposée comme étant celle de la loi, la réponse est facile. Une disposition spéciale aux forteresses, aux murs et portes des places de guerre, était nécessaire pour les classer dans le domaine public, parce que ces choses n'étaient pas comprises dans la disposition générale de l'article 538 *in fine*. Elles manquent en effet de chacune des trois conditions que nous avons montrées [n° 74] comme étant nécessaires à l'application de cette disposition : 1° les forteresses consistent principalement en bâtiments et constructions, et ne constituent pas ce que l'article 538 appelle une portion du territoire français ; 2° elles sont généralement et par leur nature physique susceptibles de propriété privée, comme le prouve l'article 541 ; 3° elles ne sont pas livrées à la jouissance directe des nationaux et encore moins des étrangers.

Ainsi, dans notre théorie, l'article 540 était nécessaire pour opérer le classement des forteresses, des murs et des portes des places de guerre dans le domaine public, parce que ces choses ne rentraient nullement dans le cercle d'application de la disposition générale de l'article 538, et qu'elles ne présentent pas les caractères distinctifs des dépendances du domaine énumérées dans la première partie de ce même article.

82. Tandis que dans cette théorie l'article 540 du Code Napoléon s'explique naturellement, qu'il a sa raison d'être et sa nécessité, l'opinion contraire aboutit à un résultat tout différent et choquant d'invraisemblance. Elle annihile l'article 540, et impute au législateur une répétition et une superfétation.

Si l'article 538 *in fine* doit en effet être entendu sans l'exigence des trois conditions que nous avons déduites de son texte, on est obligé d'admettre que les forteresses s'y trouvaient comprises.

Il faut même raisonner par argument *à fortiori* de ce que l'opinion contraire affirme relativement aux édifices publics. Si la disposition générale de l'article 538 comprend les édifices pu-

blics, elle comprend à plus forte raison les forteresses, portes et murs des places de guerre; donc l'article 540 était parfaitement inutile; et les deux législateurs de 1790 et de 1804 ont commis la même faute en formulant l'un et l'autre cette disposition surabondante.

Il ne convient en aucune matière de taxer facilement le législateur d'erreur ou d'inutilité ; il en est ainsi surtout lorsqu'il s'agit d'un ordre de dispositions dans lequel il s'est montré si sobre. Deux articles seulement du Code Napoléon sont relatifs à la composition du domaine public et à la désignation de ses dépendances; il est grave d'interpréter le premier de ces articles de manière à enlever toute utilité au second; or, dans toute théorie opposée à la nôtre, il faut admettre que le contenu de l'article 540 est implicitement compris dans l'article 538, et pourrait être, si l'article 540 n'existait pas, suppléé par sa disposition.

83. Notre théorie restitue, au contraire, à l'article 540 du Code Napoléon toute la légitime importance qu'une disposition législative doit posséder sous peine d'être une loi mal faite. Par elle cet article entre en parfaite harmonie avec la teneur de l'article 538. En un mot, l'article 540 confirme de la manière la plus éclatante, et dans toutes ses parties, l'interprétation que nous en avons donnée à l'article 538.

D'une part, il contribue à démontrer qu'il n'existe aucun texte général classant dans le domaine public les constructions affectées à un service public, et que l'article 538 n'est pas ce texte.

D'autre part, ce même article 540 forme un texte spécial, écrit pour attribuer au domaine public toute une classe de constructions affectées à un service public et au premier de tous ces services, celui de la défense nationale; il prouve donc, par l'application même qu'il en contient, la nécessité d'un texte de cette nature, pour qu'un bâtiment quelconque fasse partie du domaine public et soit frappé d'indisponibilité.

CHAPITRE VI.

DE QUELQUES APPLICATIONS DE LA THÉORIE.

84. Les dispositions analogues à celles de l'article 540 du Code Napoléon, relatives aux forteresses, murs et portes des places de guerre, sont rares mais suffisantes.

85. Les églises font également partie du domaine public; motif.

86. Jurisprudence et doctrine unanimes sur ce point.

87. Difficultés relatives aux contre-forts, au terrain entre les contre-forts et au tour d'échelle.

88. L'imprescriptibilité ne protége pas les chapelles et églises des particuliers et des établissements religieux ou laïques.

89. Ces règles ne s'appliquent nullement aux presbytères, dépendances du domaine privé de la commune.

90. Les murs des cimetières, et les cimetières eux-mêmes, appartiennent au domaine privé de la commune.

91. Distinction entre le droit de police de l'administration municipale et le droit de propriété de la commune sur les cimetières.

92. Quelle que soit la nature du droit des concessionnaires de terrains dans les cimetières, il constitue un droit privé incompatible avec la domanialité publique.

93. La concession confère un droit de propriété *sui generis* au concessionnaire; remarquable arrêt du Conseil d'Etat du 19 mars 1863.

94. Conclusion en ce qui concerne les cimetières.

95. Le domaine public embrasse tous les accessoires de ses dépendances, formant corps avec elles, alors même qu'ils consistent en constructions superficielles, tels que les arcs de triomphe et autres monuments de cette nature.

96. Les palais, châteaux et autres bâtiments faisant partie du *domaine de la couronne* sont inaliénables et imprescriptibles.

97. Cette règle embrasse également les meubles compris dans la dotation de la couronne.

98. La situation juridique du domaine de la couronne, portion détachée du domaine privé de l'Etat, et non du domaine public, vient à l'appui de la théorie générale.

99. Cette énumération d'édifices et constructions classés dans le domaine public ou frappés d'inaliénabilité par un texte spécial, n'est pas limitative.

100. Toutefois, cette théorie a pour conséquence d'exclure du domaine public la généralité des bâtiments affectés à un service public.

84. La nécessité d'un texte spécial pour classer dans le domaine public et frapper d'indisponibilité un bâtiment ou édifice quelconque est désormais établie et démontrée par les textes mêmes

de la loi civile. Nous verrons dans les deux chapitres suivants que les lois administratives sont également exclusives par leurs termes et leur esprit de la domanialité publique des édifices affectés à un service public. Mais avant d'aborder l'examen de ces lois, il convient de suivre l'ordre d'idées dans lequel nous a placés l'explication de l'article 540.

Cet article a fourni un premier exemple de bâtiments, murs et autres constructions classés parmi les dépendances du domaine public en vertu d'une disposition législative spéciale. Le Code Napoléon n'en contient pas d'autres. Mais les forteresses, les murs et portes des places de guerre ne sont pas les seules constructions affectées à un service public qu'il faille ainsi classer dans le domaine public ou qui soient frappées d'indisponibilité.

Des lois politiques et administratives ont pu faire pour d'autres immeubles de cette nature ce que l'article 540 du Code Napoléon a fait pour les murailles consacrées au premier de tous les services publics, celui de la défense du sol et de la nationalité. Toutefois, ces textes spéciaux, nécessaires pour soustraire des bâtiments au droit commun de la domanialité, sont fort rares; et sans prétendre en dresser une liste limitative, nous allons indiquer les principaux. Si rares qu'ils soient d'ailleurs, ils nous paraissent, en présence des explications données dans le chapitre Ier, suffisants pour donner toute satisfaction aux intérêts sociaux.

85. Les églises sont aussi des édifices en dehors du cercle d'application de la disposition générale qui termine l'article 538. Le droit romain leur donnait dans le classement des choses une place éminente et particulière, sous le nom de *res sacræ*, en tant que consacrées à Dieu par les cérémonies de la religion. Notre droit moderne n'admet point cette classification, et les choses sacrées n'existent plus à l'état de catégorie juridique et légale. La loi n'admet pas d'autre distinction que celle du domaine public et du domaine privé.

Du moment que l'article 538 est inapplicable aux églises, comme aux forteresses, malgré l'affectation des églises à l'usage même du public, il fallait également pour elles un texte spécial qui vînt les mettre hors du commerce, et les rendre insusceptibles de propriété privée. Or les églises ont, comme les forte-

resses, leur article 540, moins explicite, mais suffisant pour les mettre *hors du commerce*.

Ce n'est pas ici le lieu d'agiter la question, si controversée dans la doctrine, de savoir en quelles mains ces édifices ont été remis et confiés par la loi? Si, comme l'ont pensé la Cour de cassation (arrêt du 7 juillet 1840) et M. Gaudry (*Traité de la législation des cultes*, t. II, p. 509), l'Etat ne s'est jamais dessaisi de son droit foncier sur les églises? Si, comme le professe Foucart, l'Etat a abdiqué son droit sur elles au profit des fabriques? Si, comme l'ont soutenu MM. Aucoc et Dufour, et comme le juge le Conseil d'État (6 avril 1854, comm. de Tocqueville-Bénarville *c.* la fabrique; 22 décembre 1859, fabrique de Céton), l'Etat a transmis son droit aux communes? Nous avons adopté ailleurs cette dernière opinion; y revenir ici serait un hors-d'œuvre, puisque le point qui nous occupe est indépendant de cette controverse.

Le seul point en question est de savoir en vertu de quel texte les églises sont placées hors du commerce? Ce texte est celui de l'article 12 du Concordat, portant que « toutes les églises métropolitaines, cathédrales et autres non aliénées, nécessaires au culte, seront remises à la disposition des évêques. » Ce texte, complété par les articles 75 et 77 de la loi du 18 germinal an X qui pourvoient à son exécution, a rendu aux églises le privilége de l'inaliénabilité et de l'imprescriptibilité dont elles jouissaient sous l'ancienne jurisprudence, quoique l'ordonnance de 1566 ne leur fût pas applicable. Il existait alors pour les églises ce que nous avons appelé [1] une domanialité publique d'un caractère particulier, fondée sur la nature de l'affectation de l'édifice. Les textes indiqués ont eu pour conséquence de leur restituer en 1801 ce caractère.

86. Ce raisonnement, sans y être ainsi formulé, est celui qui sert de base aux décisions judiciaires unanimes à classer les églises dans le domaine public (Cass., 1er décembre 1823, de Laurière *c.* fabrique de Moncant; Dev., *Coll. nouv.*, t. VII, 1, p. 345; Cass., 19 avril 1825, de Courcy *c.* curé d'Annet; Dev., *id.*, t. VIII, 1, 106; Cass., 5 décembre 1838, cité ci-dessus n° 44; Cass., 18 juillet 1838, Dev., 38, 1, 798; Limoges, 22 août 1838, Dev.,

[1] *Cours de droit administratif*, 2e édition, p. 523.

39, 2, 110, etc.). Tous les auteurs sont également d'accord pour constater l'inaliénabilité et l'imprescriptibilité des églises.

87. Il n'existe de difficulté que sur l'étendue qu'il convient de donner à cette règle, lorsqu'on l'applique non-seulement au corps de l'édifice, mais à ses dépendances et accessoires.

Nous croyons que l'imprescriptibilité s'étend aux piliers extérieurs ou contre-forts qui en soutiennent les murs (*sic*, Paris, 18 février 1851, Dev., 51, 2, 81 ; Riom, 19 mai 1854, Dev., 54, 2, 589).

Mais, quoique de bons esprits soutiennent le contraire, nous pensons qu'elle ne s'étend pas aux terrains existant entre les piliers extérieurs. Il ne s'agit plus ici d'une partie intégrante de l'édifice, et l'inaliénabilité est de droit étroit. La Cour de cassation (Ch. civ, 7 novembre 1860, fabrique de Bolbec *c.* Blondel-Cocart et autres, Dev., 60, 1, 353) a compris le danger des prétentions envahissantes de l'indisponibilité en cette matière, et a rejeté un pourvoi fondé sur ce que l'arrêt attaqué (Rouen, 14 avril 1858) avait décidé que « Blondel avait pu acquérir tant par titre que par prescription la propriété du terrain compris entre les contre-forts d'une église consacrée au culte catholique. » Cet arrêt, fort digne d'être remarqué, porte « que si l'article 2226 du Code Napoléon déclare imprescriptibles les choses qui ne sont pas dans le commerce, et si cette disposition s'applique aux édifices actuellement consacrés au culte, il n'en est pas de même des terrains situés en dehors desdits édifices, et qui n'en sont pas une dépendance nécessaire et indispensable à leur destination publique. » (*Sic*, Caen, 11 décembre 1848, Dev., 49, 2, 542 ; Gaudry, *Législation des cultes*, t. II, n° 724 ; Carré, *Gouvernement des paroisses*, n° 307.)

A plus forte raison, nous ne saurions souscrire à la doctrine de deux arrêts de la Cour d'Agen : l'un du 23 janvier 1860 (fabrique de Barbaste *c.* Crabit-Anzec, Dev., 60, 2, 318) qui, — indépendamment d'une excellente solution par laquelle il déclare l'imprescriptibilité des églises indépendante du caractère plus ou moins simple, plus ou moins monumental de l'édifice, — décide qu'elle protége même le droit de passage pour les réparations de l'édifice ; l'autre du 2 juillet 1862 (fabrique de Mirande *c.* Cassaignart, Dev., 62, 2, 510) qui, — après avoir décidé très-judicieusement que des constructions élevées, même depuis un

temps immémorial, le long des contre-forts, doivent être démolies sur la demande de la fabrique, — étend le privilége de l'imprescriptibilité et à l'espace compris entre les contre-forts et au *tour d'échelle* ou passage nécessaire pour faire toute réparation aux murs et contre-forts.

88. Les règles que nous venons d'exposer ne sont nullement applicables aux anciennes églises ayant cessé d'être consacrées au culte, et qui, en perdant leur destination, sont tombées dans le domaine privé. Elles ne sont même pas applicables aux oratoires particuliers qui existent dans les hospices, les prisons, les maisons de détention, les écoles secondaires ecclésiastiques, les congrégations religieuses, les lycées, les colléges alors même que le public est admis dans une partie de ces oratoires (Cass., 4 juin 1835, comm. de Mayenne, Dev., 35, 1, 413 ; Dalloz, 35, 1, 278) ; elles le sont encore moins aux chapelles oratoires domestiques.

Cette circonstance démontre d'une manière bien manifeste combien les idées romaines sur les *res sacræ* sont étrangères à notre droit actuel. Les églises privées dont nous parlons ne sont point consacrées au service public du culte ; les textes du Concordat et des articles organiques ne leur sont pas applicables. Les églises métropolitaines, cathédrales et paroissiales, et les chapelles communales ou vicariales, profitent seules du bénéfice de la domanialité publique, mais elles en profitent toutes, quelle que soit la date de leur construction et de leur consécration.

89. La domanialité publique propre aux églises ne doit nullement être étendue aux presbytères, quoique la controverse qui s'agite entre les fabriques et les communes, à l'occasion des églises, se reproduise entre elles à l'occasion des presbytères et doive, d'après nous, recevoir la même solution au profit des communes. On est généralement d'accord pour classer les presbytères dans le domaine privé. C'est ainsi que M. Bressolles refuse même (*loc. cit.*, p. 119) « de mettre au rang des édifices qui sont affectés à un service public *la maison où loge le curé* ou l'instituteur. Ce sont, tout simplement, dit avec raison ce jurisconsulte, des locaux destinés principalement, sinon exclusivement, au logement de ces personnes, locaux appartenant à la commune, à la fabrique ou loués à des particuliers, mais sans affectation au service public dont ces personnes sont chargées. »

90. La domanialité publique est au contraire revendiquée au profit des cimetières. « C'est le nom, dit Merlin (*Répertoire*, v° CIMETIÈRE), qu'on donne aux terrains découverts, qui sont consacrés pour enterrer les morts. » A ce titre de *terrains découverts* ils seraient en dehors de notre sujet, s'ils ne s'y rattachaient par les murs qui doivent leur servir de clôture (décret du 23 prairial an XII sur les sépultures, art. 3), et pour lesquels peuvent se présenter à l'esprit les diverses questions agitées dans ce travail.

Toutefois la plupart des questions soulevées à l'occasion des édifices publics, et notamment celle relative à l'application de l'article 661 du Code Napoléon, ne peuvent se présenter en ce qui concerne le plus grand nombre des cimetières par suite de la législation qui les régit. L'article 2 du décret du 23 prairial an XII prescrit en effet leur translation à la distance de trente-cinq à quarante mètres au moins de l'enceinte des villes ou bourgs. En outre, le décret du 7 mars 1808 défend d'élever à moins de cent mètres des nouveaux cimetières aucune *habitation*, c'est-à-dire aucune construction destinée à la présence habituelle de l'homme, sans que la permanence de cette présence soit nécessaire [1], et de restaurer ou augmenter les bâtiments existants, le tout à moins d'une autorisation émanée de l'autorité administrative.

C'est donc seulement sous la réserve de ces règles spéciales que l'on peut examiner le point de savoir si les cimetières, et par suite les murs qui leur servent de clôture, font partie du domaine public. Aucune disposition législative ne leur attribue ce caractère, et nous ne croyons pas qu'ils rentrent dans le cercle d'application de l'article 538 *in fine* du Code Napoléon ; ailleurs nous les avons purement et simplement classés dans le domaine privé de la commune (*Cours de droit administratif*, 2e édit., p. 523), et nous maintenons ici ce classement.

Les idées du droit romain sur cette matière sont complète-

[1] C'est ainsi que la Cour de cassation a appliqué la qualification légale d'*habitation* à tout atelier où des ouvriers sont habituellement réunis pour leur travail, alors même qu'il ne consisterait qu'en un hangar fermé par une légère couverture en zinc, dressée sur de minces poteaux en bois, sans murailles ni clôtures, et, par conséquent, ouvert à tous les vents. (Ch. crim., 10 juillet 1863, Joubert; *le Droit* du 11 juillet 1863; Dev., 63. 1, 550.)

ment étrangères à notre législation. Les lieux de sépulture étaient à Rome *res religiosæ*, et comme tels *res nullius* (Institutes, liv. II, tit. I, §§ 7 et 9). Aucune loi française n'a consacré ces règles. Il faut d'ailleurs observer que, d'après le droit romain, la place seule occupée par les dépouilles était dite *res religiosa* et *res nullius*, le reste du champ étant soumis au droit commun (Dig., 11, 7, 44); tandis au contraire que, dans notre droit, la partie déjà occupée d'un cimetière a nécessairement, aux yeux de la loi, la même nature que la portion qui est encore vacante.

La disposition générale de l'article 538 du Code Napoléon n'est pas applicable aux cimetières, parce que ce sont des terrains qui, par leur nature, sont parfaitement susceptibles d'appropriation privée. Par leur destination même, ils n'ont rien d'antipathique à l'exercice du droit de propriété, soit que l'on considère le cimetière au point de vue du droit de la commune et de l'usage qu'elle en fait, soit qu'on le considère au point de vue des droits qu'elle est autorisée à concéder aux familles intéressées.

91. Les communes ont sur les terrains leur servant de cimetières un véritable droit de propriété. Elles en perçoivent les produits, moins les *produits spontanés*, tels que les herbages, attribués aux fabriques par le décret du 30 décembre 1809 (art. 36, 4°). Tous arbres plantés dans les parties non concédées du cimetière sont la propriété de la commune, libre d'en disposer comme elle le juge convenable (décision du ministère de l'intérieur du 18 janvier 1839; avis du Conseil d'Etat du 22 janvier 1841).

Le droit de propriété de la commune sur le cimetière est parfaitement distinct du droit de police et de surveillance que l'article 16 du décret du 23 prairial an XII confère à l'administration municipale sur les lieux de sépulture, « soit qu'ils appartiennent « aux communes, soit qu'ils appartiennent aux particuliers. »

C'est à titre de propriétaire que la commune est autorisée par l'article 10 de ce décret à faire « des concessions de terrains aux personnes qui désireront y posséder une place distincte et séparée pour y fonder leur sépulture et celle de leurs parents ou successeurs et y construire des caveaux, monuments et tombeaux. » Une partie du prix de ces concessions perpétuelles ou

temporaires forment une source de revenus pour la commune, et figurent parmi les ressources ordinaires de son budget (loi du 18 juillet 1837, art. 31, 10°; ordonnance du 6 décembre 1843).

Le pouvoir de police et le droit de consentir des concessions sont parfaitement distincts; c'est à titre de puissance publique que l'administration municipale exerce le premier ; c'est à titre de représentant de la personnalité civile de la commune propriétaire que l'administration municipale exerce le second. Elle procède dans ce dernier cas à l'aliénation partielle d'un immeuble communal; c'est cette aliénation d'un genre particulier qui s'appelle la *concession*.

92. Deux circulaires du ministère de l'intérieur des 20 juillet 1841 et 30 décembre 1843 ont posé en principe que les concessions de terrains, même celles faites à titre perpétuel, « ne constituent point des actes de vente et n'emportent pas un droit réel de propriété en faveur du concessionnaire, mais simplement un droit de jouissance et d'usage avec affectation spéciale et nominative. » Un droit de cette nature, perpétuel ou temporaire, n'en serait pas moins un droit privé, privativement consenti à un particulier, et incompatible avec le caractère propre aux dépendances du domaine public exclusif de toute appropriation privée. Mais la doctrine de ces circulaires ministérielles ne nous paraît pas exacte, en ce sens qu'elle restreint arbitrairement les effets juridiques de la concession.

La nature et les conditions du droit que confère la concession d'un terrain pour sépulture dans un cimetière doivent être déterminées non d'après les principes du droit commun, mais uniquement d'après les stipulations de l'acte de concession, lorsque cet acte s'explique à cet égard. Ces stipulations du contrat forment la loi des parties. C'est en ce sens que doit être approuvée la décision d'un arrêt de la Cour de Lyon du 19 février 1856, relative à la transmission d'un tombeau de famille (Dupont de Chavagneux; Dalloz, 56, 2, 178).

Mais si restreint qu'il puisse être par ces clauses, le droit privé du concessionnaire est contraire à l'essence même de la domanialité publique.

93. Dans le silence du contrat, nous croyons que la commune propriétaire et venderesse d'une portion de son terrain, confère

sur lui un droit de propriété *sui generis* au concessionnaire. Celui-ci peut non-seulement y obtenir l'inhumation de qui bon lui semble, il peut y faire construire des tombeaux, des caveaux, des monuments quelconques, qui seront incontestablement sa propriété. Ce droit s'applique non-seulement aux objets considérés isolément, mais aussi à la place qu'ils occupent. L'administration supérieure l'a reconnu implicitement dans plus d'une circonstance. Une décision du ministre de l'intérieur (*Bulletin*, 1861, n° 52) porte notamment « qu'on ne doit pas déplacer un monument funèbre dans un cimetière pour la rectification d'un chemin d'accès sans le consentement du propriétaire. »

Le Conseil d'Etat, délibérant au contentieux, a été appelé en 1863 à examiner cette importante question de la nature du droit résultant de concessions de terrains dans les cimetières, et il l'a implicitement résolue dans le sens du droit de propriété. Un concessionnaire se plaignait d'une anticipation commise par le concessionnaire d'un terrain limitrophe, et voulait exiger de l'administration municipale qu'elle lui fît rendre les quelques centimètres de superficie qu'il disait avoir perdus. Le maire avait refusé d'user à cet effet de son pouvoir de police, et le ministre de l'intérieur avait approuvé ce refus.

Le Conseil d'Etat a décidé « que le ministre n'a pas statué sur la garantie que la ville de Bordeaux pouvait devoir au sieur Castangt et à la veuve Dasque ; que d'ailleurs il n'aurait pas été compétent pour statuer sur une question de cette nature ; qu'enfin sa décision ne fait pas obstacle à ce que les demandeurs portent devant l'autorité compétente, s'ils s'y croient fondés, soit leur action contre les sieurs Magnon et autres, soit leur demande en garantie contre la ville de Bordeaux.» (19 mars 1863, Castangt et Dasque *c.* ville de Bordeaux ; M. Aucoc, rapporteur.)

Le Conseil d'Etat admet ainsi que le contrat de concession peut donner naissance à une action en garantie de la part du concessionnaire contre la commune, et à une action en revendication de terrain contre l'usurpateur; il déclare que ces litiges ne sont ni de la compétence de l'administration active, ni de celle de l'autorité contentieuse administrative, mais de celle de l'autorité judiciaire. C'est reconnaître par là que ces questions forment des questions de propriété, et que l'acte de concession est un contrat auquel le maire procède, non comme magistrat mu-

nicipal, mais comme représentant la personnalité civile de la commune et chargé de gérer son domaine [1].

Le ministre de l'intérieur lui-même a reconnu implicitement cette vérité dans les observations qu'il a présentées sur cette affaire contre le pourvoi [2]. Le ministre y dit que « ces travaux n'ayant pas affecté les parties du cimetière réservées pour la circulation, on comprend, jusqu'à un certain point, que la ville ne se soit pas considérée comme obligée d'intervenir dans le débat engagé entre les deux familles concessionnaires, et qu'elle ait cru devoir laisser à la partie intéressée *le soin de le faire vider par les juges compétents en matière de questions de propriété.* »

Le commissaire du gouvernement qui portait la parole dans cette affaire, M. L'Hôpital, dans des conclusions substantielles, aussi remarquables par le fond des idées que brillantes par la forme [3], s'est exprimé d'une façon plus explicite encore. Nous détachons le passage suivant de son réquisitoire : « Quant à nous, messieurs, nous tenons, contrairement, s'il le faut, à l'opinion que M. le ministre de l'intérieur a indiquée dans une circulaire de 1843, que les concessions perpétuelles dans les cimetières créent pour le concessionnaire un véritable droit de propriété, propriété *sui generis* assurément, consacrée à une affectation spéciale et perpétuelle aussi, et dont l'exercice est à chaque

[1] Nous avons le regret d'avouer que, depuis que ces lignes sont écrites, nous avons eu l'occasion d'exposer ces principes devant la Cour impériale de Poitiers, sans être suivi par elle. *La Gazette des Tribunaux* du 25 février 1864 donne un compte rendu très-exact et très-complet de cette nouvelle affaire; on y trouvera l'exposé des faits, un résumé de notre plaidoirie, les conclusions en sens contraire du magistrat du ministère public, le jugement du tribunal de Niort portant déclaration d'incompétence et l'arrêt confirmatif de la Cour, en date du 17 février 1864. (*Bonneau* c. *Dabaut et le maire de Niort.*) Il nous sera permis, sans manquer au respect dû à la chose jugée, qui ne saurait altérer l'indépendance de nos convictions, de déclarer que nous n'en persistons pas moins à considérer la compétence judiciaire dans les questions de cette nature comme seule conforme aux principes généraux du droit administratif et aux règles de la matière.

[2] Reproduites dans le *Recueil des lois et arrêts* de MM. Devilleneuve et Carette, 1863, 2, 118.

[3] Reproduites dans le *Recueil des arrêts du Conseil d'Etat* de MM. Lebon et Hallays-Dabot, 1863, p. 266.

instant soumis au contrôle et à la surveillance de l'administration, mais propriété aussi absolue que le comporte la nature des choses. — Si je fais transporter dans une sépulture nouvelle les restes des membres de ma famille, le terrain qu'ils n'occuperont plus est toujours mien, et si j'en dispose, c'est à moi que le prix appartiendra. Sans doute dans la convention dont ce terrain deviendra l'objet, l'administration avertie devra m'autoriser dans l'exercice de son autorité et de sa surveillance; mais c'est mon terrain que je vendrai et mon argent que je toucherai. N'est-ce point là une propriété? — Mais, dit-on, à l'appui de la thèse contraire, l'administration supérieure peut ordonner la translation du cimetière, et cette translation anéantira votre droit, qui par conséquent n'était pas un droit de propriété! — Non, messieurs, le droit du concessionnaire d'un terrain dans l'ancien cimetière n'est pas anéanti et ne saurait disparaître. Tout au contraire, il est transporté avec l'ancien cimetière lui-même dans le cimetière nouveau. Cette faculté, cette éventualité de translation, c'était la condition de ma propriété, condition posée par l'ordonnance de 1843 [1], exprimée ou sous-entendue dans mon acte de concession, mais elle n'en saurait être la négation. »

94. Ce droit de propriété des particuliers sur les terrains qui leur sont concédés dans les cimetières, constitue la négation la plus péremptoire de la domanialité publique, à tort revendiquée pour eux; ils sont susceptibles de propriété privée et en dehors de l'application de l'article 538 du Code Napoléon. Le terrain concédé sort du domaine privé de la commune pour devenir la propriété privée du concessionnaire, propriété perpétuelle ou temporaire, suivant la nature de la concession.

D'ailleurs l'existence de tout droit privé, l'existence d'une appropriation exclusive, à un titre quelconque, sont incompatibles avec la domanialité publique. Il faut, à quelque point de vue que l'on se place, reconnaître que les cimetières doivent, en vertu de leur nature et en vertu de leur affectation par voie de concession permise par l'article 10 du décret du 23 prairial an XII

[1] « Article 5. — En cas de translation d'un cimetière, les concessionnaires ont droit d'obtenir, dans le nouveau cimetière, un emplacement égal en superficie au terrain qui leur avait été concédé, et les restes qui y avaient été inhumés seront transportés aux frais de la commune. »

et réglée par l'article 3 de l'ordonnance du 6 décembre 1843, être classés parmi les dépendances du domaine privé de la commune.

Ajoutons que les lois répressives des violations de sépulture (Code pénal, art. 360) suffisent à assurer le respect des tombeaux, bien plus efficacement qu'une domanialité publique incompatible avec la législation que nous venons d'analyser.

Les murs de clôture des cimetières, qui n'en sont que les accessoires obligés, participent nécessairement de leur nature légale.

Ainsi, des diverses choses dont nous venons de parler et que l'esprit rapproche volontiers, églises, presbytères, murs des cimetières et cimetières eux-mêmes, les églises sont les seules qui puissent être classées dans le domaine public, et doivent, au point de vue de leur nature légale, être placées sur la même ligne que les forteresses, les murs et portes des places de guerre.

95. Il faut aussi, mais à un autre titre, classer dans le domaine public tous les monuments, constructions diverses et objets quelconques, qui font corps avec une dépendance du domaine public, et en forment un accessoire et comme une partie intégrante.

Les ouvrages de défense à la mer, les phares, les fanaux, les balises, etc., appartiennent au domaine public, comme les ports eux-mêmes, les havres, les rades dont ils dépendent.

Les arcs de triomphe, les colonnes, les statues doivent être classés dans le domaine public au même titre que les routes, les places, les rues, les ponts sur lesquels ils sont édifiés ; tout en célébrant nos gloires nationales ou de pieux souvenirs, ces divers objets, uniquement considérés au point de vue juridique, font corps avec la voie dont ils sont l'ornement et participent de sa nature légale.

A ce titre, font partie du domaine public l'arc de triomphe de l'Etoile à Paris, l'arc de triomphe d'Orange, les portes Saint-Denis et Saint-Martin à Paris, la colonne de la place Vendôme, la statue de Henri IV sur le terre-plein du Pont-Neuf, la statue équestre de Louis XIV sur la place des Victoires, les statues de la place de la Concorde, etc., etc. Toutes ces choses et celles qui dans chaque ville de France se trouvent dans des conditions analogues suivent, parmi les dépendances du domaine public,

en vertu de la disposition législative qui l'y place elle-même, la voie publique à laquelle elles sont unies pour l'embellir.

Mais en dehors de cette circonstance exceptionnelle, nulle construction monumentale ne peut être classée dans le domaine public ou être frappée d'indisponibilité sans faire partie de ce domaine qu'en vertu d'un texte spécial. Il est en effet impossible de considérer comme un appendice de la voie publique, se confondant avec elle, les édifices publics qui, tout en ayant pour conséquence indirecte de contribuer à son embellissement, ont une destination principale toute différente. Ces édifices n'ont pas plus de rapports juridiques avec la voie publique que les maisons particulières situées sur son parcours. Il serait même inexact et peu sérieux de considérer comme faisant corps avec la voie publique les édifices qui en sont complétement entourés, comme la Bourse de Paris, que cite M. Troplong. Cette circonstance de leur isolement de toute propriété particulière, est aussi impuissante que leur beauté monumentale à les classer dans le domaine public ; mais elle fait évanouir tous les inconvénients réels de l'imprescriptibilité et de l'application du droit commun ; c'est surtout de ces édifices publics qu'il est rigoureusement exact de dire qu'en fait, il suffit de l'article 257 du Code pénal pour leur donner toute la protection qu'exige l'intérêt social.

Si les arcs de triomphe et les autres choses dont nous venons de parler doivent être l'objet d'un classement différent, ce n'est certes pas que le danger fût plus grand, mais c'est qu'il existe à leur profit une sorte d'accession au domaine public, une incorporation véritable à une de ses dépendances, qui leur confère les caractères et les priviléges attachés à sa propre nature.

Il faut en dire autant des bornes-fontaines et des fontaines publiques, monumentales ou non, qui présentent ces mêmes caractères d'incorporation à une rue, à une place, à une dépendance quelconque du domaine public.

96. Il existe des bâtiments et édifices qui, sans faire partie du domaine public, sont cependant inaliénables et imprescriptibles. Dans cette catégorie se trouvent même compris les monuments les plus grandioses que possède la France ; nous voulons parler des édifices qui font partie du *domaine de la couronne*.

L'article 2 du sénatus-consulte du 12 décembre 1852 dispose que « la dotation immobilière de la couronne comprend les pa-

lais, châteaux, maisons, domaines et manufactures énumérés dans le tableau annexé au présent sénatus-consulte. » Ce tableau est conçu de la manière suivante :

« *Tableau des immeubles affectés à la dotation de la couronne.* — Les palais des Tuileries, avec la maison de la rue de Rivoli, n° 16, et l'hôtel, place Vendôme, n° 9; du Louvre; de l'Elysée, avec les écuries, rue Montaigne, n° 12; du Palais-Royal, et leurs dépendances. — Les châteaux, maisons, bâtiments, terres, prés, corps de ferme, bois et forêts composant principalement les domaines de Versailles, Marly, Saint-Cloud, Meudon, Saint-Germain en Laye, Compiègne, Fontainebleau, Rambouillet, Pau, Strasbourg, Villeneuve-Létang, Lamothe-Beuvron, La Grillère. — Les manufactures de Sèvres, des Gobelins, de Beauvais. — Le garde-meuble à l'île des Cygnes. — Les bois et forêts de Vincennes [1], Sénard, Dourdan, Laigne. »

Les édifices compris dans ce tableau, palais, châteaux et bâtiments divers se trouvent, par leur affectation même à l'usage du chef de l'Etat, consacrés à un service public et national d'une nature particulière. A ce titre ils sont soumis à la règle générale que nous avons établie; ils ne peuvent être soustraits au droit commun de la domanialité qu'en vertu d'une disposition particulière. Le texte nécessaire pour les frapper d'indisponibilité se trouve également pour eux dans la loi politique spéciale; c'est l'article 7 du sénatus-consulte du 12 décembre, ainsi conçu : « Les biens meubles et immeubles de la couronne sont inaliénables et imprescriptibles. Ils ne peuvent être donnés, vendus, engagés ni grevés d'hypothèques. Néanmoins, les objets inventoriés avec estimation, aux termes de l'article 5, peuvent être aliénés moyennant remplacement. »

Ce texte, qui figurait également dans les lois concernant la liste civile des différents règnes depuis 1789, dans le sénatus-consulte du 30 janvier 1810, dans les lois du 8 novembre 1814 et du 2 mars 1832, offre donc une application de la règle en vertu de laquelle un édifice quelconque ne peut être classé dans le domaine public ou frappé du principe de mainmorte qu'en vertu d'un texte spécial. Les édifices dont il s'agit ne font point partie du

[1] Un sénatus-consulte du 20 juin 1860 a modifié sur ce point celui de 1852, en ce qu'il *a fait rentrer dans le domaine de l'Etat* le bois de Vincennes.

domaine public, mais ils sont inaliénables et imprescriptibles, et c'est sous ce rapport qu'ils présentent une application particulière de la théorie.

97. Il faut même remarquer que l'article 7 du sénatus-consulte du 12 décembre 1852 place les objets mobiliers sur la même ligne que les immeubles. Les merveilles artistiques du Louvre et de Versailles, les richesses des Tuileries et les trésors du Garde-meuble sont ainsi garantis par le privilége de l'inaliénabilité comme les édifices qui les contiennent. Il en résulte que la maxime *en fait de meubles possession vaut titre*, consacrée par l'article 2279 du Code Napoléon, ne saurait prévaloir à l'égard des biens affectés à la dotation de la couronne, parce que cette règle est seulement applicable aux meubles qui sont dans le commerce (Cass., Chambre civ., 10 août 1841, Cousin, Devill., 41, 1, 742; Dalloz, 41, 1, 332; *Journal du Palais*, 41, 2, 515).

La Cour de cassation a même décidé par l'arrêt ci-dessus, relatif à un tableau appartenant au musée du Louvre, que lorsque des biens meubles ou immeubles ont été une fois compris dans la dotation de la couronne, ils ne cessent d'en faire partie aux changements de règne suivants qu'autant que la loi qui constitue la nouvelle liste civile les en excepte formellement; d'où suit, par voie de conséquence, que « la liste civile actuelle est fondée à réclamer la restitution des meubles inaliénables qui, par le fait des administrateurs d'une liste civile antérieure, ont passé entre les mains des tiers alors même qu'ils les auraient achetés dans une vente publique. »

M. Foucart (t. II, p. 276) écrit que cette jurisprudence relative à la non-application de l'article 2279 aux meubles de la liste civile, lui semble « devoir s'appliquer à tous les objets affectés à un service public, qui ne sont pas moins placés hors du commerce que les biens composant la dotation de la couronne. » Ce serait résoudre la question par la question même. Un texte spécial a été nécessaire pour frapper d'indisponibilité les meubles et immeubles du domaine de la couronne; donc un texte de même nature est nécessaire pour attribuer ce même caractère d'indisponibilité à tous autres objets mobiliers, aussi bien qu'à tous autres édifices. Aussi croyons-nous, malgré l'autorité d'un arrêt de la Cour de Paris du 3 janvier 1846 (*Char-*

ron; Dalloz, 1846, 2, 212), que toute théorie différente cesse d'avoir la loi pour base et pour appui, et repose sur une assimilation juridique purement arbitraire.

D'après nous, à défaut d'un texte analogue à celui du sénatus-consulte pour les objets mobiliers du domaine de la couronne, on ne devrait étendre le privilége de l'inaliénabilité et de l'imprescriptibilité qu'aux objets mobiliers, attachés *à perpétuelle demeure,* aux termes des articles 524 et 525 du Code Napoléon, aux immeubles reconnus eux-mêmes inaliénables et imprescriptibles.

98. Il est important de remarquer que la situation juridique du domaine de la couronne vient à l'appui de la théorie générale dont nous indiquons les principales applications. Tout le monde paraît en effet d'accord pour admettre que les biens formant la dotation ou domaine de la couronne sont tous détachés non du domaine public, mais du domaine de l'Etat, à l'effet de recevoir cette affectation spéciale.

C'est ainsi que MM. Macarel et Boulatignier disent (*Traité de la fortune publique,* t. I, p. 39, n° 18) : « La nation en (du domaine de l'Etat) détache momentanément une partie, qui est affectée spécialement à la jouissance du chef de l'Etat, et concourt à former sa dotation ; cette partie est désignée dans nos lois sous le nom de domaine de la couronne. » — Les mêmes auteurs (t. I, p. 114, n° 41) s'expriment encore ainsi qu'il suit : « Le domaine de l'Etat comprend deux parties, savoir : le domaine de la couronne et le domaine de l'Etat proprement dit. »

M. Foucart dit même (t. II, p. 340) que « les biens de la couronne continuent, malgré la destination temporaire qui leur a été donnée, à faire partie des domaines de l'Etat. »

Ce n'est pas seulement la doctrine des auteurs qui, sans aller aussi loin que M. Foucart, considère le domaine de la couronne comme une portion détachée du domaine de l'Etat pour être affectée à une destination particulière, c'est aussi la théorie de la loi. Il suffit de citer l'article unique du sénatus-consulte du 20 mai 1860, ainsi conçu : « Le bois de Vincennes est détaché de la dotation immobilière de la couronne et RENTRE *dans le domaine de l'Etat.* »

Reconnaître comme telle la situation juridique du domaine de la couronne tout entier, c'est avouer que le Louvre lui-même, les Tuileries, Versailles, Marly, Saint-Cloud, etc.; Sèvres, les

Gobelins, Beauvais et le Garde-meuble feraient partie, non du domaine public, mais du domaine de l'Etat, s'ils n'en étaient détachés pour former la plus magnifique partie de la dotation de la couronne.

99. L'énumération que nous venons de faire d'un certain nombre d'édifices, bâtiments et constructions diverses, qu'un texte spécial frappe d'indisponibilité comme la dotation de la couronne, ou classe dans le domaine public comme les forteresses et les églises, auxquels nous avons ajouté toutes les contructions faisant corps avec une dépendance du domaine public, n'est pas limitative. Toute loi spéciale à un édifice déterminé ou à toute une classe d'édifices a pu, soit en considération du service public qui fait l'objet de leur affectation, soit par tout autre motif, leur imprimer les caractères de la domanialité publique. La voie reste également pour l'avenir ouverte au législateur, libre d'augmenter le nombre des textes spéciaux attributifs de cette domanialité.

100. Toutefois, il faut bien constater qu'en fait et dans l'état actuel de la législation, que nous ne croyons nullement utile de modifier, notre théorie a pour conséquence directe de soumettre au droit commun de la domanialité, sauf les exceptions indiquées, la généralité des bâtiments affectés à un service public national, départemental ou communal. Nous avons signalé, au début de cette section la rareté des textes spéciaux, établissant une situation contraire au profit de certaines constructions, et la liste que nous venons d'en dresser, si elle peut n'être pas absolument complète, en contient certainement tous les éléments présentant une véritable importance.

Nous examinerons dans les chapitres suivants les principales lois administratives qui concernent les édifices affectés à un service public. Il sera facile d'établir que ces textes spéciaux, loin de classer ces bâtiments dans le domaine public, les en excluent, soit par leur silence, soit par des dispositions contraires.

TH. DUCROCQ,
Professeur de droit administratif à la Faculté de Poitiers.

(*La suite au prochain numéro.*)

ÉTUDE HISTORIQUE

SUR

LE DROIT DE RÉDUCTION DES LIBÉRALITÉS

FAITES AUX ÉTABLISSEMENTS PUBLICS.

> Nihil est quod magis hominibus debetur quam ut supremæ voluntatis, postquam aliud jam velle non possunt, liber sit stilus, et licens, quod iterum non redit arbitrium.
>
> (CONSTITUTION, ann. 321.)

I

Parmi les questions qui ont marqué dans l'année judiciaire 1863, se trouve, sans contredit, celle jugée le 25 mars par la Cour suprême, et relative au *droit de réduction* par le Conseil d'Etat des libéralités faites aux corps moraux publics [1]. Il s'agit de savoir si le droit conféré par l'article 910 du Code Napoléon au chef de l'Etat d'autoriser en son conseil d'Etat l'acceptation des libéralités faites par dispositions entre-vifs ou testamentaires au profit des hospices, des pauvres d'une commune ou d'établissements d'utilité publique, impliquait comme conséquence nécessaire le droit de les réduire ; si, en un mot, le droit de réduction dont le Conseil d'Etat est de fait en possession, ne peut être paralysé par la volonté du testateur, et si une clause de cette nature doit être annulée comme contraire à une disposition légale d'ordre public, et entraîner avec elle toutes les clauses dont l'exécution serait liée à sa propre existence.

Notre prétention n'est pas de reprendre un à un les éléments d'une controverse qui a donné lieu à des luttes brillantes; mais il n'est pas sans intérêt de vérifier les traditions de l'ancienne jurisprudence qui ont été invoquées.

[1] 25 mars 1863, D. P. 1, p. 113. Dans le même sens, arrêt de la Cour d'Amiens, août 1863.

II

Il est certain, ainsi que l'a dit M. Meaume [1], que l'idée de soumettre à l'autorisation du gouvernement les libéralités faites aux établissements publics ne nous a pas été transmise par le droit romain. Cependant, il faut reconnaître que certaines prohibitions relatives aux biens ecclésiastiques avaient été dictées aux empereurs par cette pensée qui a le plus particulièrement préoccupé le législateur français, qu'il fallait mettre un frein aux libéralités faites aux corps religieux, et nous verrons que plus tard certains parlements invoquaient ces mêmes prohibitions, quoique, en réalité, elles fussent abrogées, pour limiter les biens des mainmortables.

Les Romains avaient distingué entre les associations autorisées par l'Etat et celles qui ne l'étaient pas. (C'est la distinction fondamentale à laquelle aboutira, après bien des vicissitudes, le droit moderne.) Les premières étaient au rang des personnes certaines et capables d'être instituées héritières [2]. Les autres, n'ayant pas d'existence légale, ne pouvaient rien recueillir, la loi voulant qu'on ne disposât qu'en faveur de personnes certaines.

Les églises des chrétiens, que l'on considérait encore comme des assemblées profanes et illicites, dit Merlin, furent exceptées de la faveur générale. Les édits de persécution frappaient aussi bien les propriétés que les personnes; tandis que ceux qui professaient la foi nouvelle étaient livrés aux supplices, les églises étaient rasées, et le sol, les jardins, les maisons qui en dépendaient étaient réunis au domaine impérial ou municipal. Les possessions ecclésiastiques étaient déjà considérables quand s'accomplit cette spoliation. Mais Constantin, ayant embrassé le christianisme, conféra solennellement à l'Eglise, et sans restriction, la faction passive de testament. Enfin, Justinien tira les pauvres eux-mêmes de la classe des personnes incertaines, et fit tous ses efforts pour encourager les libéralités en leur faveur et leur assurer la jouissance des biens qui leur étaient donnés [3].

[1] *De la réduction des libéralités*, etc., 1863, brochure in-8°.
[2] C. l. 12, *De hæred. instit.*
[3] C. l. 49, § 1.

Nous n'avons pas à raconter les vicissitudes que la puissance publique fit subir aux testateurs quant à leur capacité de disposer, dans le siècle suivant. Il suffit de dire que dans la pensée de Constantin les droits de la famille étaient protégés contre la piété des fidèles par la plainte d'inofficiosité qui subsistait toujours.

L'on aurait tort de croire d'ailleurs que la puissance civile eût laissé sans contrôle ce droit de disposition au profit des églises et des pauvres. L'évêque était chargé d'administrer les biens ecclésiastiques, et, en cette qualité, il était délégué pour accepter ou refuser les donations et les hérédités. C'est là ce qu'expliquent de la façon la plus explicite ces paroles de saint Augustin : « Que celui qui veut, en exhérédant son fils, instituer l'Eglise pour héritière, cherche un autre qu'Augustin pour accepter l'hérédité; grâce à Dieu, il ne trouvera aucun évêque. » Dans certains cas la délégation s'étendait aux legs faits aux pauvres, et les constitutions entrent sur ce point dans des détails multipliés qui attestent la préoccupation des empereurs pour leurs intérêts sacrés.

Si tous les évêques avaient déployé la même énergie que saint Augustin pour repousser les biens qui venaient accroître le domaine ecclésiastique au détriment des familles, il n'eût été nécessaire de recourir à aucun autre contrôle de l'Etat ni à aucune prohibition législative. Mais eux-mêmes ne surent pas résister à l'entraînement qui portait les fidèles à se dépouiller et à dépouiller leurs parents au profit du patrimoine de l'Eglise. Ils se prêtaient à la violation des lois sur les successions, à raison de la sainteté du but, et acceptaient les biens qui leur étaient donnés par fidéicommis.

L'abus devint si grand, que Valentinien et Valens furent obligés de défendre aux ecclésiastiques et aux moines de rien recevoir directement ou indirectement, par donation ou par testament, des vierges et des veuves. Les parents, et le fisc à défaut de parents, avaient le droit de reprendre les biens donnés. Il fallait que le mal fût bien grand dès cette époque pour que saint Jérôme fît entendre ces sévères remontrances : « J'ai honte de dire que les ministres des idoles, les bateleurs, les usuriers peuvent recevoir des hérédités, et que l'interdiction n'existe que pour les ecclésiastiques et les moines, et je ne me plains pas de

la loi ; je gémis de ce que nous l'avons méritée. La loi est sévère, mais prévoyante et sage. Cependant l'avarice n'est pas encore refrénée. Nous échappons à la loi par les fidéicommis ; et, comme si les édits des empereurs étaient plus grands que les préceptes du Christ, nous craignons les lois, nous méprisons les Evangiles. Que l'Eglise soit héritière de ceux qu'elle a engendrés, nourris, élevés, comme la mère de ses fils, c'est justice ; mais nous, pourquoi nous interposer entre la mère et ses enfants? »

A mesure que l'élément ecclésiastique gagne du terrain, il fait peser son influence sur la puissance civile ; il lui dicte des constitutions qui concourent sous certains rapports au progrès de la civilisation, mais qui consacrent aussi des droits égoïstes qui sont comme le fondement et le point de départ de l'envahissement des mainmortables. Les prohibitions que Valentinien et Valens avaient dû établir pour protéger les vierges et les veuves contre les sollicitations que saint Jérôme réprouvait, avaient été rapportées dès l'année 400 par une novelle de Marcien. C'était une grande faute que d'avoir aboli ces protections accordées aux plus faibles d'entre les donateurs, à celles qui devaient le plus facilement subir les entraînements de l'exaltation, car le mal ne pouvait que grandir avec la diffusion de l'influence cléricale et monastique.

Sous Justinien cette influence arriva à son apogée. Ce prince mit une ardeur singulière à enrichir les couvents et le domaine ecclésiastique. Lorsque les sujets mouraient *ab intestat*, le monastère dans lequel ils avaient embrassé la vie religieuse avait une part dans leurs biens, et les enfants étaient réduits à leur légitime. Non content d'avoir donné au testateur le droit de défendre à son héritier de retenir la quarte falcidienne, ce qui était un retour regrettable vers le droit jaloux et absolu que les Pandectes avaient renversé, cet empereur voulut que les legs pieux ne pussent jamais subir de réduction pour quelque cause que ce fût. « Comment supporter qu'un legs fait pour des œuvres sacrées puisse subir une réduction, une diminution quelconque? » Il ordonna donc que même lorsque le testateur n'aurait pas inséré la clause *non velle hæredem retinere falcidiam* si l'héritier refusait d'acquitter le legs pieux en alléguant l'insuffisance de la part qui lui reviendrait, toute application de la falcidie ces-

sant, cette part fût employée par les soins de l'évêque à l'usage pieux indiqué par le testateur.

On était bien loin déjà de ces temps primitifs où les évêques étaient à la fois les représentants des héritiers lésés et du domaine ecclésiastique, les défenseurs des parents injustement exhérédés aussi bien que des pauvres. Ce pouvoir de transaction entre des intérêts également sacrés, que les premiers évêques, dans leur charité évangélique, avaient pris pour règle suprême dans l'exercice de leur délégation, était aboli par la volonté souveraine chargée de le faire respecter. Désormais la loi du testateur était absolue quant à la faculté de dépouiller ses héritiers; et malheur à l'évêque qui voudrait, à l'exemple du grand Augustin, ne pas accepter l'hérédité qui blessait les droits de la piété paternelle ou filiale, car outre les malédictions du ciel il souffrirait le courroux du souverain. La conciliation des droits des pauvres de la cité et des pauvres de la famille méconnue, l'intérêt des familles fut bientôt foulé aux pieds, et, dans ces nombreuses constitutions où les règles les plus minutieuses sont établies pour assurer l'exécution des legs pieux, il n'est pas nommé une seule fois.

L'intérêt de tous, c'est l'intérêt de l'Eglise, et l'évêque qui aurait transigé avec l'accomplissement absolu d'une œuvre spoliatrice, devait être dénoncé par tout citoyen comme négligent, ou comme ayant été corrompu par les héritiers ou légataires [1].

III

Les lois barbares étaient loin d'être favorables aux dispositions qui avaient pour but de dépouiller la famille de ses biens, car tous les membres en étaient considérés comme copropriétaires. On sait que les Germains ne connaissaient pas le testament, et que d'après les lois salique et ripuaire la donation n'était permise qu'à celui qui n'avait pas d'enfants. On sait aussi à quels délais et formalités la donation était soumise afin de laisser au donateur le temps nécessaire de se repentir. L'Eglise sut bientôt dompter une résistance à laquelle elle n'était pas habituée. Ses efforts pour obtenir cette terre qu'elle voulait fécon-

[1] C. liv. I, tit. III; l. 46, § 7.

der et réhabiliter, durent être d'autant plus habiles et plus opiniâtres, qu'elle devait imposer aux barbares conquérants les principes d'une civilisation dont elle était dépositaire.

La terreur religieuse qu'elle sut inspirer pour faire accepter ses bienfaits la mit bientôt en possession de propriétés immenses. Les lois nouvelles conférèrent à tous les sujets une faculté presque absolue de se dépouiller en sa faveur. Il fut interdit *même au roi, aux ducs et aux comtes de mettre obstacle à ce droit de disposition*. L'influence de l'Eglise poursuivant le triomphe de ses intérêts personnels et spirituels éclate trop visiblement dans cette interdiction qui stipule contre les droits inaliénables de la souveraineté, pour qu'il soit nécessaire de la signaler. L'Etat est dans l'Eglise. Tout concourait en effet à enrichir celle-ci ; les traditions romaines qu'elle avait eu soin de recueillir et d'implanter dans la Gaule, la docilité des barbares superstitieux et tremblants devant un pouvoir magique qui se révélait par des actes propres à frapper l'imagination et le cœur ; la libéralité des rois qui voulaient se rendre favorable une influence d'autant plus précieuse pour eux, qu'elle leur livrait des royaumes ou rassurait leur puissance ; la violence enfin de ces siècles où le droit d'asile était le refuge des faibles à l'égal des criminels, et où, la crainte devançant la reconnaissance, chacun se hâtait d'abandonner sa propriété à l'Eglise pour en jouir à titre d'usufruitier et participer aux immunités qui lui étaient réservées.

Les richesses affluèrent au clergé, aux monastères et aux abbayes. La propriété fut concentrée en leurs mains, et non-seulement elle fut frappée d'immobilité, car c'était là la condition que faisaient au domaine ecclésiastique les constitutions primitives qui l'avaient protégé, mais encore cette propriété devenait stérile pour le trésor public qu'elle se refusait à alimenter.

Si l'intérêt public était mis en souffrance par ces donations abusives, l'intérêt privé était compromis dans des proportions bien autrement considérables, car les familles étaient victimes des intempérances d'un zèle que l'avidité des clercs ne se lassait pas d'activer. Le domaine fiscal était épuisé ; il s'était fondu entre les mains des premiers rois, et avait servi à gagner et à contenir les leudes ou chefs de la milice féodale, ainsi que les clercs, qui, se mettant aussi dans la truste du roi, formaient à sa cour une autre milice palatine. Cette source de richesses étant en

quelque sorte tarie, il fallait bien que les monastères de jour en jour plus nombreux eussent recours à la piété des fidèles.

La distribution des honneurs ou bénéfices ecclésiastiques fournit à la royauté un prétexte pour intervenir dès les premiers siècles dans les affaires du clergé ; de s'arroger, par exemple, le droit de pourvoir aux évêchés vacants. Malgré les plaintes et les réclamations incessantes des conciles, ils paralysèrent les élections canoniques en désignant leurs leudes comme candidats, ou en voulant, en retour des possessions abandonnées au clergé, sanctionner le résultat des élections dans les cas où ils leur laissaient un simulacre de liberté. Dans cette vassalité ecclésiastique, née de la concession des bénéfices et de l'usurpation du pouvoir royal sur les libertés de la primitive Eglise ou de la limitation de ces libertés, nous trouvons la racine de la souveraineté que les rois affirmeront sur les biens de mainmorte, comme leur ayant toujours appartenu, en leur qualité de suprêmes suzerains de la hiérarchie féodale.

A cette époque, on vit les Mérovingiens imposer aux cités leurs domestiques et leurs favoris pour évêques, et les mœurs du clergé se corrompant sous l'influence fatale de la royauté, l'Eglise envahie par des débauchés qui achetaient à prix d'or les siéges où naguère brillaient les grands prélats de la Gaule. Dès que l'Eglise se fut ainsi inféodée au pouvoir royal, elle perdit son indépendance ; son ancien prestige s'abîma dans les violences dont elle fut l'objet, et ne jeta plus que de rares lueurs. Une lutte horrible va s'établir entre elle et les rois. Les uns lui arracheront ses possessions pour faire des dignitaires serviles, ou pour récompenser leurs hommes de guerre. D'autres lui témoigneront un respect calculé, mais se laisseront aller aux mêmes errements. Quant à elle, elle épuisera tous ses efforts dans une stérile résistance contre la violation de ses possessions et de son bien-être.

L'abandon des richesses territoriales aux leudes ecclésiastiques était devenu d'autant plus préjudiciable à l'Etat, qu'à l'exception de quelques évêques qui ne craignaient pas d'affronter les périls d'une vie toute guerrière, le plus grand nombre parvenaient à soustraire au service militaire les hommes de leur bénéfice. Aussi les Mérovingiens se repentirent-ils de leurs trop nombreuses concessions. Hilpéric, l'un des plus étranges « par

sa férocité, sa cupidité et ses prétentions théologiques, » donna le signal de la résistance. « Voilà, s'écriait-il souvent, que notre fisc est appauvri, voilà que nos biens s'en vont aux églises ; nul ne règne en vérité, si ce n'est les évêques des villes. » Dagobert ne fit que des spoliations partielles, mais Charles-Martel ayant chassé du palais la mollesse et la débauche honteuses, subjugué la Neustrie, et attaché à sa fortune tous les hommes hardis de ce pays et de l'Austrasie, il lui fallut récompenser les gens de guerre qui réclamaient le prix de leurs exploits. Ils traversaient des terres immenses possédées par le clergé, il les lui livra [1].

L'Eglise, à son tour, fut comme envahie par les Germains ; la mort ayant surpris Karle au milieu de ses victoires, ses fils écoutèrent les lamentations du clergé, et firent alliance avec lui. Ces princes obtinrent des conciles que les évêques laisseraient à titre de précaires la possession viagère des bénéfices qui leur avaient été ravis, aux gens de guerre, moyennant le payement d'un cens annuel.

Cette immense dépossession eut pour résultat de mettre à la disposition des rois toutes les terres possédées par le clergé, qu'elles lui fussent advenues de la faveur royale ou de la libéralité des fidèles. Elle empruntait le double caractère d'une restitution et d'une spoliation. Qu'importait que la propriété nominale revendiquée par les récriminations et les menaces du clergé lui eût été rendue ; cette restitution n'était ni complète, ni définitive, et, en réalité, on faisait remonter aux bénéfices la pente qu'ils avaient suivie trop rapidement de la concession individuelle et viagère vers la patrimonialité commune. On leur rendait leur ancien caractère en faisant revivre les droits du trésor royal. Toutefois le droit du trésor ne fut pas absolu comme il l'avait été dans l'origine, car, dans l'intérêt même du culte public qui avait été abandonné au milieu du désastre de la dépossession, comme aussi pour ne pas s'aliéner le clergé, le pouvoir royal dut empêcher que les domaines démembrés des biens ecclésiastiques sous Charles-Martel ne se confondissent avec les autres domaines laïques. « A cet effet, les rois s'étaient engagés à restituer aux premières vacances les biens enlevés violemment lorsque les églises et monastères manqueraient du revenu

[1] Henri Martin, *Histoire de France*.

nécessaire à leur entretien et à celui des clercs qui les desservaient, ou des personnes religieuses qui les habitaient. En outre, à la mort des bénéficiers qui les tenaient, ces biens devaient être réunis provisoirement aux églises, et ne passer à un nouveau bénéficier, par la concession royale, qu'à la charge que ce nouveau bénéficier reconnaîtrait dans ses déclarations dites *lettres de précaire* que les biens de son bénéfice étaient les biens de l'Eglise et non pas ses biens propres [1].

C'était, on le voit, une transaction qui assurait aux évêques une sorte de privilége sur le domaine restitué, tout en permettant au roi d'en distraire tels biens qu'il lui plairait dans l'intérêt du service public, pour les donner en bénéfice viager à ses hommes d'armes. De là cette conséquence que la puissance ecclésiastique se trouvait, quant à la disposition de ses biens temporels, sous la surveillance du pouvoir royal, qui se réservait à l'avenir d'arrêter ses envahissements. Dès cette époque apparaissait comme principe politique la nécessité de limiter les possessions des mainmortables, afin que le fisc ne fût pas appauvri et le pouvoir royal privé du moyen le plus efficace d'assurer son influence. Mais la féodalité avait déjà établi ses premiers liens et menaçait d'engloutir ces sages principes avec tout le cortége de la royauté.

Le clergé cependant ne se tint pas pour battu ; ces restrictions lui pesaient comme une lourde chaîne. Pour recouvrer la possession de ses biens, il eut recours à tous les moyens. Il prenait le peuple à témoin de la spoliation, et se servait de son intermédiaire pour faire entendre d'une façon plus redoutable ses réclamations. C'est ainsi que, dans une requête adressée à Charlemagne, le peuple déclare qu'il regarde les propriétés de l'Eglise comme inviolables : *Scimus res Ecclesiæ esse sacratas, scimus eas esse oblationes fidelium.* Il s'engage à n'avoir aucune société avec ceux qui auront osé enlever, dévaster, demander ou recevoir des rois les biens de l'Eglise avant qu'ils aient satisfait [2]. Enfin le peuple somme le prince avec la plus grande énergie d'employer la force exécutrice pour sévir contre les coupables. Qui ne voit poindre dans ce langage la formule d'excommunica-

[1] Mlle de la Lézardière, t. II, p. 344, Capit. de Carloman.
[2] Baluze, t. I, p. 405, 406 et 408.

tion dont le clergé fera un si fréquent usage pour ses intérêts temporels?

Ces sommations, les documents du neuvième siècle en sont remplis. Charlemagne cependant ne se laissa pas émouvoir. Il avait à un degré trop élevé le sentiment et le désir de l'unité pour laisser l'Eglise s'emparer des biens de l'Etat. Aussi, s'inspirant des traditions germaniques et des droits qu'elles conféraient aux héritiers, il chercha à les faire prévaloir, afin de restreindre la capacité absolue de recevoir que l'on avait reconnue au clergé. Il voulut que l'héritier consentît à la donation, ou du moins qu'il y fût présent, afin de mettre le donateur à l'abri de la captation.

Le clergé renouvela ses tentatives auprès de Louis le Débonnaire. Dans une lettre que les évêques lui adressèrent en 858, ils rappelèrent la fameuse légende d'après laquelle saint Euchère, étant en oraison, fut ravi dans la vie éternelle, et vit le prince Charles livré aux tourments des damnés dans les plus basses régions de l'enfer, pour avoir dérobé les biens des saints Ils affirmaient avoir recueilli de témoins oculaires que lorsque, pour vérifier la vérité de ce récit, on fit ouvrir le sépulcre de ce malheureux roi, on en vit soudain sortir un dragon, et le sépulcre fut trouvé tout noirci au dedans, comme s'il avait été consumé. C'est à la suite de cette terrible révélation, ajoutaient-ils, que Pépin, fils de Charles, avait convoqué le synode de Leptines, où fut ordonnée la restitution des biens que son père avait usurpés.

Louis le Débonnaire se fit remarquer par sa subordination à l'épiscopat ; il rétablit, fonda ou dota un grand nombre de monastères. Toutefois, des plaintes s'élevant de tous côtés sur la cupidité des clercs et le préjudice que les familles souffraient des donations qu'ils se faisaient consentir, Louis défendit à ses sujets de dépouiller leurs enfants et leurs proches au profit de l'Eglise. « Statutum est ut nullus quilibet ecclesiasticus ab his « personis res deinceps accipere præsumat, quarum liberi aut « propinqui hac inconsulta oblatione possent rerum propriarum « exheredari. Quod si quis deinceps hoc facere præsumpserit, ut « et acceptor, sinodali vel imperiali sententia modis omnibus « feriatur [1]. »

[1] Capitulare Ludovici I, imperator. Aquisgran., ann. 817.

Tout porte à croire que cette interdiction qui devait avoir une grande influence sur la capacité des mainmortables au seizième et au dix-septième siècle, fut peu observée. Elle se produisait à une époque où la royauté était sur la pente d'une irrémédiable décadence, et l'ère féodale trop proche pour qu'elle ne fût pas violée dans le trouble et la confusion où étaient tous les éléments sociaux.

Ce qu'il faut retenir de ce rapide exposé, c'est l'effort fait par la royauté pour se maintenir en possession du droit de régler la propriété ecclésiastique; c'est le caractère d'une lutte qui a duré deux siècles, lutte ardente dans laquelle la royauté se débattait comme dans une longue agonie, espérant calmer, à l'aide des richesses arrachées au clergé, l'avidité de puissance et de domination dont les leudes étaient tourmentés. L'intérêt des familles dépouillées au profit des mainmortables compta pour peu dans cette lutte, et quand plus tard la royauté sortit de son sommeil, quand elle ressaisit, sous l'élan des communes, la bannière unitaire, elle conserva le souvenir de l'affaiblissement que l'agrandissement démesuré du domaine ecclésiastique avait fait souffrir à sa puissance, et elle lui assigna des limites, bien plus préoccupée de l'intérêt public que de l'intérêt des familles.

IV

La féodalité étend son empire sur la France et, avec elle, le désordre et la violence vont faire peser l'oppression sur les clercs et les moines. Ceux-ci lutteront d'adresse pour réparer les pertes que leur font subir des spoliations sans cesse renouvelées. La guerre privée s'établira de manoir à monastère, comme de manoir à manoir, et le triomphe du plus fort sera la loi du domaine ecclésiastique, aussi bien que de toutes les relations de ces temps d'anarchie.

Le nombre des monastères et des églises n'avait pourtant fait que s'accroître, malgré les épreuves de toutes sortes que leurs successeurs avaient souffertes sous les Carolingiens. La croyance à la fin du monde s'était répandue; la terreur qu'elle inspirait servit à restaurer le domaine du clergé; chacun accourait au monastère, les mains suppliantes, et se dépouillait de ses biens temporels, croyant entendre résonner déjà la trompette du ju-

gement dernier. D'autres donnaient pour racheter leurs crimes, d'autres pour obtenir la santé ; les évêques imposaient en pénitence des restitutions, ou provoquaient des donations ; « emportés par le zèle du couvent, les moines avaient pour les seigneurs adonnés à la chasse de beaux oiseaux de fauconnerie, qu'ils échangeaient contre des terres. Pour les guerriers, ils avaient des chevaux de prix avec lesquels ils tentaient leur prodigue convoitise. Ils prêtaient aux nobles de l'argent, sur le gage de leurs terres, à condition que si, dans un court espace d'années, l'argent n'était pas rendu, la terre demeurerait aux moines [1]. »

Tant de peines étaient souvent perdues, les monastères étaient envahis par des laïques qui les dévastaient et les partageaient à leurs hommes d'armes. La nécessité de repousser la force dans un état de guerre permanent fit établir des défenseurs ou vidames qui n'usèrent souvent de leur pouvoir que pour opprimer. Ces guerriers, ayant le droit de commander les vassaux à la guerre, et d'exercer le droit de justice au nom des bénéficiers, devinrent les maîtres dans les domaines des églises ; ils forcèrent les possesseurs ecclésiastiques à leur abandonner de grands revenus dont la possession devint héréditaire dans leurs familles [2]. Mais les moines devenaient d'autant plus ardents à reconquérir, qu'ils étaient plus largement dépouillés. Malheureusement c'était au pauvre peuple qu'ils s'adressaient, parce qu'il était plus accessible à toutes les craintes de la superstition. Aussi arrivait-il souvent que ces donations, faites sous l'empire de la terreur ou d'une reconnaissance exagérée, devenaient l'objet de regrets ou de violentes récriminations. Alors la menace de la punition divine avait raison du donateur ; tantôt aussi une transaction apaisait ses murmures ou retardait ses réclamations ; tantôt l'excommunication réprimait ses révoltes ; quelquefois, à l'heure de la mort, il reniait ses entreprises de revendication et confirmait ses libéralités premières. Ce fut pour se prémunir contre ces rétractations des donateurs ou de leurs héritiers que les moines adoptèrent l'usage de faire confirmer les donations par l'autorité des

[1] *Essai sur l'histoire du droit français au moyen âge*, par M. Ch. Giraud, t. I, p. 385.

[2] *Théorie des lois politiques, etc.*, par Mlle de la Lézardière, t. III, p. 81.

souverains. Cette confirmation n'était pas simplement gracieuse, elle était donnée après enquête et parties entendues, quelquefois après jugement des contestations. Ce recours au seigneur était plus profitable aux donataires qu'aux donateurs, car les premiers faisaient triompher leurs pieux procédés avec une telle naïveté, que les hommes du plaid eux-mêmes n'auraient pu être rebelles à leur influence et à celle de la foi [1].

V

Cependant, lorsque la hiérarchie féodale se fut organisée et qu'un ordre relatif eut fait place à l'anarchie de la féodalité absolue, les seigneurs prirent les églises et les monastères sous leur protection. La royauté sortait elle-même de l'ombre où elle avait attendu, et, dans les domaines où elle reprit l'usage de la souveraineté, elle mit sous sa garde toutes les possessions ecclésiastiques à titre de *sauvement* d'abord, et plus tard de tutelle. Par l'acte de sauvement le prince s'engageait à conserver tout ce que les moines possédaient dans l'étendue de sa souveraineté, à ne jamais retirer sa protection de ces lieux et à les défendre de l'invasion des méchants.

Ce mouvement réparateur s'opéra dans le cours du douzième siècle. Des possessions ecclésiastiques furent restituées par les rois et les seigneurs, et les donations accrurent plus qu'à nulle époque les richesses des abbayes et du clergé. Des réformes austères présidèrent à la reconstitution des ordres religieux ainsi qu'à l'organisation de la hiérarchie cléricale.

Le caractère particulier des donations de cette époque, c'est le luxe de garanties que se ménagent les donataires. « La plupart des chartes du onzième siècle qui contiennent des donations ou des fondations faites aux chapitres, aux monastères, aux églises et aux autres établissements publics sont confirmées par le seigneur suzerain, par l'évêque, par le roi, et quelquefois même par le pape [2]. »

Les seigneurs faisaient même intervenir leurs vassaux pour donner plus d'autorité à leurs restitutions ou fondations. Ces in-

[1] *Essai sur l'histoire du droit français*, t. I, p. 386.
[2] M. Lefebvre cité par M. Meaume.

terventions avaient un double but : assurer tout d'abord à la libéralité le caractère de la plus complète authenticité, et surtout protéger les biens qui en faisaient partie contre la revendication que voudraient prétendre d'autres seigneurs.

En effet, lorsqu'un seigneur permettait à des gens de mainmorte de posséder des terres dans son fief, il le *diminuait* ou l'*abrégeait* ou il en *restreignait* ou *amortissait* une partie, dit Laurière, parce que les gens de mainmorte ne mourant et n'aliénant pas, il se privait à l'avenir des lods et ventes qui lui seraient échus, si ces héritages avaient été possédés par des laïques et séculiers.

L'usage s'introduisit que nul ne pût abréger son fief sans autorisation de son suzerain ou seigneur supérieur. Et comme le seigneur immédiat diminuait aussi son fief quand il approuvait ce qui avait été fait par son vassal, ce fief était dévolu à l'autre seigneur supérieur, et ainsi de seigneur supérieur en seigneur supérieur jusqu'au roi.

Toutes ces autorisations successives, indispensables pour que les gens de mainmorte pussent conserver la partie du fief abrégé, ne s'accordaient que moyennant finance ; rien n'égalait les vexations auxquelles les églises étaient exposées par la menace de vider les biens acquis de leurs mains, sans compter que la valeur des immeubles donnés était quelquefois absorbée par un impôt sans règle et sans limites. C'était là le droit d'amortissement.

A quelle époque cette prohibition d'acquérir sans payer finance au seigneur, ou sans obtenir son autorisation, s'établit-elle ? Il serait difficile de le préciser. Nous avons vu que le droit des Novelles n'avait interdit que l'aliénation du domaine ecclésiastique et non les acquisitions. Il ne paraît pas que pendant la féodalité le capitulaire de Charlemagne qui exigeait le consentement des héritiers pour la validité de la donation ait été rigoureusement exécuté, quoique souvent les moines eussent recours à leur confirmation. Toutefois les jurisconsultes anciens ont écrit, Bacquet entre autres, qui a traité cette matière *ex professo*, « qu'il faut tenir pour certain, ferme et stable que par les anciennes ordonnances, lois et statuts du royaume de France, de tout temps inviolablement gardés en icelui, il a été défendu aux communautés et gens de mainmorte d'acquérir, tenir et posséder aucuns héritages féodaux, allodiaux ou roturiers, ni aucunes rentes et droits immobiliers dedans le royaume, sans permission,

congé ou licence des rois de France. » En effet les *Etablissement de saint Louis* ont consacré l'usage de la saisie que le seigneur pouvait faire dans l'an et jour des biens donnés en aumône aux hommes de religion (chap. CXXV) ; mais les *Etablissements* n'avaient statué que pour les terres démembrées d'un fief, et non pour les terres allodiales ou roturières. Ce ne fut que plus tard, lorsque les rois se furent mis en possession du droit d'amortissement, en le déclarant domanial, que tous les biens donnés aux mainmortables furent soumis au même système de fiscalité. C'est avec cette restriction, suivant nous, qu'il faut entendre ce passage de Bacquet aussi bien que le précédent : « Le roi saint Louis en son temps fit constitution et ordonnance sur le fait des acquêts par gens d'Eglise. Et est à penser que semblablement auraient fait ses prédécesseurs rois de France, jaçoit ce que par la longueur de temps et par diverses mutations on ne puisse à présent trouver les ordonnances. Et furent lesdites ordonnances de saint Louis publiées par tous les baillages du royaume. » Dans l'intérêt du trésor royal on soutint alors, avec juste raison, que la détention des terres allodiales par les ecclésiastiques et autres gens de mainmorte était préjudiciable à l'Etat, parce qu'elles sortaient du commerce, et qu'elles ne payaient point d'impôts. L'amortissement des alleux dut être payé directement au roi, puisqu'il n'y avait pas de seigneurs intermédiaires, et lui-même devait être l'arbitre souverain des acquisitions faites par les mainmortables dans la crainte que ceux-ci n'arrivassent à posséder la plus grande partie des terres du royaume. Mais n'anticipons pas.

C'est dans l'amortissement qu'on doit trouver l'origine de l'autorisation dont les mainmortables furent obligés de se pourvoir pour valablement acquérir. Car l'autorisation seigneuriale n'avait pas pour but de protéger les héritiers du donateur contre l'abus d'une libéralité qui les dépouillait, mais uniquement d'empêcher le démembrement du fief, c'est-à-dire la perte du droit de suzeraineté. Quant à l'intérêt des familles, il n'était sauvegardé que dans la limite de la réserve due aux héritiers. Cela résulte bien du texte suivant de Beaumanoir : « Se lais est fes à Eglise, d'*éritage qui soit d'acquest ou du quint de l'éritage, come on pot laissier,* li sire de qui li héritages muet ne le pot deffendre ; mais il pot commander à l'Eglise à qui li lais est fes, que il

l'oste de se main et le mete en main laie dedens an et jour ; et se l'Eglise ne le fet, li sire pot penre l'éritage en se main et goïr des yssues, dusqu'à tant que l'Eglise ara enteriné le commandement du segneur [1]. »

Les seigneurs protégeaient d'autant moins les familles contre les envahissements des moines et du clergé, que la défense des biens ecclésiastiques était confiée par la coutume au clergé lui-même. « Li tiers cas qui appartient à sainte Eglise, dit Beaumanoir, si est de tos les biens et de toutes aumônes qui sont données, aumoniées ou amorties por sainte Eglise servir et sostenir [2]. » La sainte Eglise avait placé aussi sous sa juridiction tout ce qui touchait aux testaments ; or, il est inutile de dire quelle influence résultait pour elle de ce pouvoir de juger en quelque sorte dans sa propre cause [3] ! La diffusion du droit de justice, l'inféodation de ce droit sacré avait été un coup mortel pour les faibles et les opprimés qui se trouvaient à la merci de tous ces pouvoirs. C'est à peine si l'intérêt politique qu'avaient les seigneurs à ne pas voir s'accroître à leurs dépens la richesse et la puissance des abbés et des évêques, les faisait intervenir pour défendre les gens de leurs fiefs ou arrière-fiefs. Souvent les abbés des monastères qui n'avaient de religieux que le nom entraient en lutte avec les seigneurs. Lorsque ces démêlés plus ou moins sanglants s'élevaient, il est certain que les seigneurs revendiquaient l'amortissement des propriétés que leurs vassaux avaient distraites du fief à un taux exagéré afin d'obtenir la restitution elle-même de ces biens. On peut sans témérité même présumer que lorsque le démembrement était trop préjudiciable au seigneur, celui-ci ne se considérait pas comme engagé par une aliénation qui faisait brèche à sa puissance et qu'il avait recours à la saisie, comme la coutume lui en donnait le droit. Nous verrons les rois eux-mêmes dans toutes leurs ordonnances, en déclarant irrévocables les acquisitions à l'égard desquelles les mainmortables avaient purgé l'amortissement, faire toutes réserves expresses pour les aliénations, si préjudiciables à l'Etat, qu'elles ne sauraient être tolérées [4].

[1] Chap. XII, nº 5, édition Beugnot, t. I.
[2] Chap. XI, nº 4.
[3] *Ibid.*, nºs 10 et 11.
[4] Ordonnance de 1291 et autres.

Dès que les rois purent faire acte de souveraineté, ils réduisirent le nombre des taxes payées aux seigneurs intermédiaires en attendant de pouvoir les supprimer, et déclarèrent que le droit de confirmer les amortissements faisait partie de leur domaine. Il serait intéressant de rechercher les conséquences immenses que ce principe produisit. C'était une des premières atteintes portées à la féodalité. Le lien féodal était tranché dès que le fief ne pouvait plus être reconstitué par les seigneurs et qu'il suffisait de leur payer une taxe déterminée pour leur arracher à jamais tous les lambeaux qu'il plairait aux arrière-vassaux d'en distraire. Le droit de saisie anéanti, le fief pouvait être démembré. L'unité féodale se décomposait au profit de l'unité royale. Mais le droit de protection qui résultait quelquefois, pour les familles dépouillées au profit des mainmortables, du fait de la saisie (car le seigneur pouvait restituer aux héritiers les biens qu'il avait revendiqués), ce droit s'évanouissait lui-même, parce qu'il n'était pas remplacé par un contrôle utile que le pouvoir royal aurait dû organiser.

Philippe le Hardi confirma les amortissements qui avaient été autorisés par trois seigneurs médiats. Il garantit aux églises la propriété de toutes les acquisitions qu'elles avaient faites depuis vingt-neuf ans, pourvu qu'elles lui payassent la valeur des fruits de deux années, si les biens avaient été acquis à titre d'aumône, et de trois années s'ils l'avaient été à titre onéreux. Charles V fit disparaître au profit exclusif du trésor royal les derniers droits seigneuriaux d'amortissement que ses prédécesseurs avaient respectés. Il fut l'auteur de cette maxime : *Qu'au roi seul et pour le tout appartenait amortir en tout son royaume*, prétention nouvelle qui dut être soutenue par l'envoi de commissaires spéciaux dans les provinces [1]. Les pauvres seuls furent affranchis dès l'origine du droit d'amortissement, et par conséquent de la prohibition commune à tous les gens de mainmorte d'acquérir et de posséder des meubles sans autorisation royale [2].

Au point où nous sommes arrivés, et sans qu'il soit nécessaire d'analyser les nombreuses ordonnances des rois sur l'amortissement, on peut affirmer que chacun de ces actes souverains

[1] 1386.

[2] Ordonnance de Philippe le Long, octobre 1344.

ne fait qu'asseoir le droit que s'est arrogé la royauté de sanctionner toute acquisition faite par les mainmortables. Bientôt les légistes le justifieront au point de vue fiscal aussi bien qu'au point de vue politique. Dans le principe, les biens donnés ou acquis étaient amortis moyennant payement du droit ; désormais, en théorie au moins, le payement ne suffira plus, l'aliénation dépendra du bon plaisir du roi. La réserve faite dans toutes les ordonnances de n'amortir que si l'aliénation n'est en rien préjudiciable à l'Etat devient le fondement de l'un des grands principes politiques de la monarchie française, à savoir : la limitation des biens possédés par les mainmortables.

Ce droit d'autorisation suit les progrès du pouvoir royal qui étend uniformément son influence sur toutes les branches de l'administration, la justice, les finances, la constitution des communes et la tutelle des corps moraux. Pour ne citer qu'un trait d'analogie : dans l'origine de la révolution communale au onzième siècle, les communes appelaient l'intervention royale; au douzième siècle, la royauté prétendait devoir intervenir dans toutes les concessions des communes qui se faisaient en France ; au quatorzième siècle, le parlement jugeait que nulle ville ne pouvait avoir de commune sans lettres du roi.

La tutelle administrative des communes avait suivi une progression plus intime encore avec la tutelle des biens ecclésiastiques, si toutefois on peut donner le nom de tutelle à l'autorisation qui devait sanctionner toute acquisition de biens par les mainmortables [1]. Saint Louis avait défendu à ses communes et à ses bonnes villes « qu'ils ne *prêtent* ni ne *doignent* à nulle manière de prêts ni de dons sans le congié du roi. » Au quinzième siècle, Louis XI les oblige à recourir à l'autorisation royale pour « *recevoir* des dons et gages pour la confection de travaux d'utilité communale, » et il limite avec soin ces dons suivant la nécessité des circonstances.

Comme le fait très-bien remarquer M. Lefebvre dans la citation qu'en fait M. Meaume (p. 19), le clergé lui-même avait recours à la protection royale pour faire consolider ses acquisitions, et les conditions qu'il dut subir en échange de ce puissant secours facilitèrent insensiblement le triomphe du principe d'au-

[1] Alors que ce droit d'autorisation n'a jamais été exercé.

torisation. — Sans nier la facilité avec laquelle le clergé dut se soumettre à ce principe purement nominal, à raison du haut patronage qu'il lui assurait dans l'avenir, je ne saurais cependant accorder qu'un rang très-secondaire à cet ordre d'idées. En effet, les ordonnances royales sur l'amortissement, nous dit Baquet, avaient été déclarées exécutoires dans tout le royaume ; or l'amortissement, c'était un droit hautement revendiqué par le roi, et un droit fiscal qui par sa nature lui permettait de s'immiscer dans tous les actes d'une communauté, sans qu'il fallût attendre que le donataire implorât son secours contre le danger d'une spoliation étrangère. Les mêmes ordonnances représentaient le roi comme ayant été de tout temps en possession de ce droit soit par ses prédécesseurs, soit par les seigneurs, qui n'étaient que leurs mandataires, et c'est dans la réserve expresse et toujours renouvelée, faite au profit du roi, de ratifier ou rejeter l'aliénation, que résidait virtuellement le droit d'autorisation. J'insiste sur ce point, car, dans les recherches sur l'origine des droits positifs, tous les efforts doivent tendre à la précision. Il serait dangereux sans doute de négliger les circonstances accessoires qui favorisèrent l'extension et le règne d'un principe, mais le but essentiel des investigations historiques, c'est de faire ressortir l'idée première qui marqua l'innovation, la cause qui en avait nécessité la manifestation. Ainsi, pour moi, les rois se proclamèrent en possession du droit d'invalider les acquisitions des mainmortables, par cela seul qu'ils en avaient fait la réserve expresse dans des actes ayant force de loi ; ils n'eurent donc pas à attendre les supplications du clergé pour lui dicter cette condition en échange de sa soumission. Ce qui est vrai, d'ailleurs, c'est que les rois n'usaient pas de leur droit de ne pas autoriser ; ce qui est encore vrai, c'est que l'amortissement, tel qu'il était réglé dans l'origine par le pouvoir royal, était par trop favorable aux mainmortables, comparé aux taxes arbitraires imposées par une série interminable de seigneurs, pour qu'ils trouvassent le joug trop lourd et opposassent aucune résistance à la législation nouvelle. C'était pour eux une sorte d'affranchissement et pour les seigneurs une cause de ruine ou d'affaiblissement. C'est ce qu'exprime Ferrière lorsque, à propos de la première ordonnance sur les amortissements, il dit : « On sera sans doute surpris que le roi dise qu'il ait fait une telle disposition

pour l'utilité des églises et pour le repos des sujets ; cependant cela est très-véritable. » Et il énumère la multiplicité des droits pécunaires que les barons avaient rendue si onéreuse pour les gens d'Eglise qui voulaient amortir.

Ajoutons aussi que le clergé devait bien quelque reconnaissance aux rois qui avaient promulgué ou fait exécuter la pragmatique sanction. Depuis les recherches du savant M. Beugnot sur les institutions de saint Louis, on ne saurait nier aujourd'hui que ce grand roi n'ait pris l'initiative courageuse dans sa lutte contre le saint-siége ; l'exposé de l'ambassadeur envoyé par saint Louis à Innocent IV ne laisse aucun doute à cet égard. Les principes qui vont servir de règle à la royauté dans le maniement des affaires ecclésiastiques y sont proclamés avec énergie et précision ; ils ont une relation directe avec les actes royaux sur l'amortissement. «Jamais, dit l'ambassadeur, on n'avait ouï dire : Donnez-moi tant d'argent, car, si vous ne le faites, je vous excommunierai. Qu'elle est bizarre cette sentence ! Jamais, par exemple, on n'avait ouï dire que l'Eglise romaine eût exigé de l'Eglise de France des contributions pécuniaires ou des denrées pour subvenir aux besoins de Rome, de quelque nature qu'ils fussent ; car, d'après le droit canon, l'Eglise ne doit rien de ses revenus, *si ce n'est au roi, de qui elle a reçu ses biens, à qui elle est soumise pour ce qui en regarde l'administration temporelle et qui les lui conserve en vertu du droit humain et par effet de sa protection...* A présent, les biens des églises sont inscrits pour l'impôt, et tous les membres du clergé sont enrôlés... Cette manière d'exiger de l'argent du royaume est toute nouvelle ; si le roi la tolérait, elle s'enracinerait jusqu'à passer pour une coutume ; et comme elle serait très-nuisible au royaume, Sa Majesté ne veut pas qu'elle soit plus longtemps permise dans son royaume pendant son règne, car cela serait un esclavage insupportable [1]. »

Les actes tutélaires accomplis par le roi très-chrétien, à l'encontre du saint-siége, étaient de nature à inspirer au clergé l'admiration et une confiance sans limites en un pouvoir qui n'aurait pas craint de braver les foudres de l'excommunication.

Si les principes de tutelle administrative étaient proclamés, il s'en faut que le droit d'autorisation, qui devait dans notre

[1] *Institutions de saint Louis*, par M. Beugnot, p. 425.

siècle en devenir la manifestation la plus éclatante, fût mis en pratique. Il n'existait qu'à l'état latent et par sa liaison intime avec l'amortissement. Il était sous-entendu dans ce droit, mais il était inactif, parce qu'en réalité l'intérêt du trésor public était la préoccupation unique qui eût présidé à la réglementation de l'amortissement. Ainsi, le roi ou ses délégués n'intervenaient jamais au moment de l'acquisition ou de la donation. Ce serait une grave erreur de croire qu'une décision administrative était rendue comme aujourd'hui pour valider chaque acquisition et rendre la taxe exécutoire ; la recherche des amortissements, chacun le sait, n'avait lieu qu'à des époques éloignées et irrégulières, probablement quand le trésor était appauvri ; et comme, dans l'intervalle d'un recensement cadastral à un autre toutes les classes de mainmortables avaient été mises en possession d'immeubles considérables, on imagina de percevoir une taxe pour les héritages possédés depuis le dernier amortissement. Ces héritages furent réputés *nouveaux acquêts*, par opposition aux biens de la fondation et ancienne dotation des bénéfices, monastères, colléges et communautés. « Qui est à dire, dit Baquet, qu'ils sont tenus payer au roi certaine finance pour la tolérance de la possession et jouissance qu'ils ont en héritages situés en France, lesquels, par les ordonnances et anciens statuts du royaume, il leur est prohibé de posséder, ne les peuvent et ne doivent tenir sans amortissement particulier, concession et permission du roi. » Le droit de *nouvel acquêt*, suivant Laurière, remonte à une ordonnance de Philippe le Long du 24 février 1317.

L'impôt, rien que l'impôt ! voilà donc l'objet unique des ordonnances royales sur l'amortissement, jusqu'à ce que les rois et les parlements aient compris que la mainmorte envahit tout et qu'il faut mettre un frein à sa puissance. Quant au droit d'autorisation, il est inappliqué.

Il suffit de rappeler quelques-unes des lettres patentes qui, depuis le quatorzième siècle, ordonnèrent la levée des droits d'amortissement pour faire ressortir d'une part les abus et les injustices qui naissaient inévitablement d'un mode de perception dont le caractère saillant était l'arbitraire, de l'autre, la démonstration certaine de l'impuissance où l'on avait été de régulariser l'autorisation des établissements de création nouvelle

et d'arrêter l'envahissement des mainmortables par une législation qui était encore dans l'enfance.

Les anciennes ordonnances défendaient les amortissements généraux et voulaient que ce qui était amorti fût « déclaré spécifiquement et par le menu, dit Guyot, et que la valeur en fût exprimée après information et sur l'avis des officiers du lieu; » mais au seizième siècle, soit que les sujets et le roi eussent l'espoir, les premiers de payer moins, le second d'exiger plus, ce mode fut remplacé par celui des amortissements généraux. Ainsi, en septembre 1520, François Ier adresse des lettres patentes à tous les baillis et sénéchaux du royaume pour qu'ils eussent à faire publier de nouvelles injonctions aux gens d'Eglise et de mainmorte, de vider leurs mains des choses par eux acquises ou qui leur avaient été données, léguées ou aumônées et qui n'étaient pas amorties. Il avait ensuite mandé à ses officiers *de faire entendre* aux mêmes ecclésiastiques et gens de mainmorte la liberté qu'ils avaient de conserver leurs possessions en les amortissant. Une commission composée d'officiers du parlement et de la Chambre des comptes fut chargée de procéder à la composition des amortissements. Le clergé fit des offres de payer une certaine somme ou par provinces, ou par diocèses, ou par chapitres, abbayes et communautés; ces offres furent acceptées, et en 1522 François Ier accorda des amortissements généraux pour tous les biens acquis jusqu'alors. Ainsi, le roi traitait à forfait avec les mainmortables pour tous les biens acquis pendant une longue période d'années; de là mille tiraillements, les mainmortables voulant payer le moins possible et le roi exigeant plus qu'ils ne voulaient donner.

En janvier 1547, nouvelle recherche par lettres patentes de Henri II, sur toutes les possessions indistinctement. Le clergé fait valoir les amortissements accordés sous le règne précédent et obtient, par lettres de mars 1547, d'être autorisé à ne comprendre dans ses déclarations que les biens acquis postérieurement à 1522. Malgré les observations des commissaires députés pour cette recherche qui remontraient au roi le préjudice qu'il souffrirait de cette concession, les offres du clergé furent acceptées.

Il ne paraît pas qu'il y ait eu d'autre amortissement général jusqu'en 1639. A cette époque, il fut créé une Chambre des

amortissements dont les poursuites excitèrent les plus vives réclamations. Les biens de plusieurs bénéficiers qui refusaient de donner leurs déclarations ou de verser les sommes auxquelles ils avaient été taxés furent saisis. Les religieux de Saint-Victor, de Paris, se plaignirent de ce qu'on voulait les contraindre à fournir la déclaration non-seulement des biens qu'ils avaient acquis depuis 1520, mais généralement de tous ceux qu'ils possédaient depuis la fondation de leur abbaye. Une députation d'évêques se rendit auprès du cardinal de Richelieu et obtint la mainlevée des saisies; puis, dans une assemblée convoquée à Mantes par les ordres du roi en 1640, les commissaires du roi proposèrent une transaction moyennant 6,600,000 livres. Ce chiffre fut réduit ensuite à 5,500,000 livres et accepté par contrat du 14 août 1641. Louis XIV confirma cette décharge en 1646 [1].

La perception des droits devenait d'autant plus difficile, que de nouvelles communautés surgissaient sans cesse, cherchant à se soustraire à l'autorisation royale qui devait précéder leur érection afin d'éluder les prescriptions de la loi sur l'amortissement. Il faut bien dire que les rois avaient eu l'imprudence d'accorder à certaines congrégations, monastères et communautés, des permissions générales d'établir des maisons ou succursales dans toutes les villes du royaume où ils seraient appelés du consentement de l'évêque et des habitants sans avoir besoin de nouvelles lettres; comme aussi ils leur avaient accordé par avance l'amortissement de tous les biens qu'ils pourraient acquérir pour leur dotation. On aperçoit sans peine les conséquences de semblables actes, tant pour la diminution de l'impôt que pour l'accroissement des biens de mainmorte. C'était, en outre, l'annihilation du droit d'autorisation d'acquérir.

On fut justement effrayé de la concentration des richesses qui se faisait entre les mains des gens d'Eglise et des communautés au grand détriment du trésor public, quand on compara la somme des droits d'amortissement à l'immensité des possessions qu'ils représentaient. L'État, les sujets et le commerce souffraient notablement de ces acquisitions, selon Durand de Maillanne, car ces possesseurs acquéraient toujours, n'aliénaient jamais, et menaçaient de devenir insensiblement les maîtres de tout

[1] Guyot, *Répertoire*, v° AMORTISSEMENT.

le bien du royaume; ne fût-ce que d'une partie, au moyen des priviléges des ecclésiastiques le peuple était fatalement réduit à payer la même taxe d'impositions, quoique possédant moins de biens. A cette époque on évalua aux sept douzièmes du territoire les biens possédés par le clergé. La réaction devait se faire contre un état de choses que le clergé lui-même aggravait par ses doléances et par ces discussions qui n'étaient ni dignes des officiers du roi, ni convenables de la part de sujets qui doivent obéir. C'est alors que se répandit cette opinion que l'État était nu propriétaire des biens ecclésiastiques. L'Hôpital disait, dans un discours aux états d'Orléans de 1561 : « Se souviennent les gens d'Eglise qu'ils ne sont qu'administrateurs et qu'ils rendront compte; se contentent de l'usage des dits biens et distribuent le reste aux pauvres [1]. » Sous l'empire de ces idées on songea à soumettre plus complétement le clergé à l'impôt ; on lui fit consentir des subsides irréguliers d'abord, puis périodiques, qui vinrent en grand secours au trésor. On le rappela enfin à l'observation des ordonnances par lesquelles les rois avaient proclamé le principe qu'à eux seuls appartenait le droit d'autoriser la constitution des établissements publics. Ce fut l'objet de l'édit de 1666. Le préambule mérite d'être remarqué : « Les rois nos prédécesseurs ayant jugé combien il importait à l'État et au bien de leur service qu'il ne se fît dans le royaume aucun établissement de maisons régulières et communautés sans leur autorisation préalable, portée par leurs lettres patentes... ils ont de temps en temps, pour maintenir un règlement si juste, si nécessaire et si utile, fait défense par diverses ordonnances de faire aucun établissement de cette nature sans lettres patentes enregistrées en nos cours de parlement ; ce qui a été pendant quelque temps très-religieusement observé, en sorte que, ne s'y étant commis aucun abus, le nombre des communautés de notre royaume se serait trouvé peu considérable... Mais il est arrivé que pendant la longueur des dernières guerres et durant notre minorité, plusieurs maisons se sont formées sans lettres patentes par la connivence ou négligence que nos officiers ont apportée à faire garder les ordonnances; ce qui a fait qu'en beaucoup de lieux les communautés tiennent et possèdent la meilleure

[1] *Histoire de l'administration en France*, par M. Dareste, t. I, p. 144.

partie des terres et des revenus... » Après quoi le roi déclare qu'il ne sera plus fait de nouvel établissement sans sa permission expresse après enquête. Il frappe toute communauté qui ne se serait pas conformée à l'édit, d'incapacité d'ester en jugement, de recevoir aucuns dons et legs de meubles et d'immeubles et de tous autres effets civils. Défense est faite à tous évêques et archevêques de planter la croix sur la porte desdits monastères et communautés, de bénir les oratoires ou chapelles, de recevoir à profession aucuns religieux ou religieuses. Ordre est donné de faire séparer les communautés qui enfreindraient l'édit et de mettre à la charge des évêques les dettes contractées et les pensions de ceux qu'ils y auraient reçus à profession. Déchéance de tout office public et priviléges est prononcée contre les lieutenants généraux, magistrats et capitouls qui ne feraient pas observer ces prohibitions; révocation est faite de toutes permissions générales accordées antérieurement d'établir des communautés ou hospices comme aussi de toutes lettres d'amortissement délivrées pour les biens à acquérir dans l'avenir. Enfin ordre est donné de faire le recensement de tous les établissements faits depuis trente ans, afin qu'il soit statué par suppression ou confirmation par le roi, suivant l'intérêt de l'Eglise ou de son royaume.

Cela ne suffisant point, un édit du 9 mars 1700 ordonna que, pour supprimer les difficultés considérables qu'entraînait la perception des droits d'amortissement à des intervalles d'années trop éloignés, la perception aurait lieu chaque année, afin qu'on n'eût pas de peine à avoir connaissance des acquisitions faites par les gens de mainmorte.

Il semble que des prescriptions si sévères, des précautions si multipliées et si minutieuses eussent dû arrêter la hardiesse des plus zélés ou des plus cupides. Il n'en fut rien cependant. La réforme n'était pas assez radicale; elle s'était bornée à interdire la création d'établissements nouveaux, tandis qu'il aurait fallu en outre soumettre toutes les communautés à se pourvoir de lettres patentes pour chaque acquisition à titre onéreux ou gratuit. De plus, l'édit ne fut pas toujours observé et il arriva souvent que les gens de mainmorte ne sollicitèrent des lettres patentes pour leurs nouveaux établissements que lorsqu'ils entrevoyaient la contradiction d'un héritier ou légataire intéressé

à se prévaloir de l'irrégularité de leur situation. Il se présenta même tel cas, favorable il est vrai, où la nullité d'un legs étant demandée contre une communauté n'ayant pas d'existence légale, la Cour autorisait la délivrance du legs, ordonnant que la communauté se retirerait par devers le roi pour en obtenir des lettres patentes [1]. Enfin, après plusieurs essais et tâtonnements intervint un règlement général pour tout le royaume, à la date d'août 1749, connu sous le nom d'*édit de mainmorte;* on y réunit les dispositions de diverses déclarations qui n'avaient été promulguées que dans certaines provinces.

La disposition qui domine toutes les prescriptions de l'édit de 1749, parce qu'elle rompt avec toutes les traditions du passé, est celle qui défend aux gens de mainmorte d'acquérir aucun bien immeuble, ni même des rentes foncières ou constituées sur des particuliers, sans s'être pourvus de lettres patentes enregistrées, et qui leur interdit en outre de recevoir des legs d'immeubles.

VI

Dans son étude sur le droit de réduction M. Meaume examine deux périodes distinctes, celle qui a précédé l'édit de 1749 et celle qui l'a suivi, mais il a fait cette distinction plutôt en la forme qu'au fond, car, suivant nous, il n'a pas tenu compte de la distance profonde qui sépare la législation de la première époque de celle de la seconde. Dans la première période, M. Meaume représente le roi comme ayant délégué aux Parlements le droit exclusif d'autorisation, lequel impliquait celui de réduction. « On sait, dit-il, comment une partie de la puissance royale fut dévolue aux Parlements. En conférant une de leurs attributions aux grands corps judiciaires, les rois eurent souvent à compter avec eux, et, sans le droit d'évocation au Conseil, que la royauté prit grand soin de maintenir, l'autorité des parlements eût été excessive.

« Mais l'appréciation, par l'autorité judiciaire, des libéralités faites aux établissements de mainmorte ne présentait alors rien de dangereux, le péril pouvant toujours être conjuré au moyen

[1] Arrêt de 1714.

de l'évocation. Aussi voit-on, jusqu'à la révolution de 1789, les parlements exercer le droit d'autorisation et, par suite, celui de réduction des libéralités faites aux corps moraux publics [1]. »

Suivant l'honorable jurisconsulte, le droit de réduction exercé au nom du roi était incontestable et reconnu par les parlements aussi bien que par tous les auteurs ; à l'appui de cette affirmation absolue il cite divers arrêts qui, en effet, avaient réduit des legs, et il ne laisse pas supposer que ce droit ait jamais été mis en discussion. Je crains que le savant jurisconsulte ne se soit trop laissé impressionner par le rôle général des parlements et que, préoccupé de leurs empiétements sur les attributions royales, il ne soit pas entré assez profondément dans les faits qui amenèrent le droit de réduction et ne se soit pas aperçu que les parlements ne pouvaient absorber un droit non établi.

Il me paraît d'abord certain qu'à aucune époque le roi n'a exercé le droit de réduction. Qu'il fût maître d'imposer des conditions, je ne veux pas le nier, mais comment aurait-il examiné les circonstances de fait dans lesquelles se réalisait une donation faite à des établissements publics alors que toutes les données historiques tendent à établir que la création elle-même de ces établissements passait quelquefois inaperçue à travers les mouvements tumultueux des affaires publiques et à la faveur des mille influences qui intervenaient pour que les officiers chargés de faire exécuter les ordonnances se fissent les complices des évêques et des corporations pour éluder la loi. La chose essentielle à laquelle on tenait en réalité, c'est qu'à un moment donné, quand une guerre éclatait, par exemple, on trouvât disponibles quelques millions d'impôts entre les mains du clergé. Rien ne proteste plus énergiquement contre le système qui tend à faire croire à l'intervention royale dans tel ou tel acte d'acquisition fait par les mainmortables, que la série des amortissements généraux qui remplit le seizième et le dix-septième siècle. Dès que nous avons constaté que le pouvoir royal n'avait formulé la prohibition d'acquérir imposée aux mainmortables qu'afin de les forcer à payer le droit d'amortissement, il est certain qu'il ne pouvait pas les astreindre à demander pour aucun autre motif l'autorisation d'acquérir et de posséder. Or si, en fait, les main-

[1] M. Meaume, p. 22.

mortables acquéraient en toute liberté, sans aucun contrôle administratif ou judiciaire pendant des périodes d'années indéterminées, et si on ne les recherchait que pour leur faire payer en bloc, à forfait, une somme qui représentait la taxe d'amortissement que régulièrement ils auraient dû payer à chaque acquisition ; nul ne saurait soutenir avec la moindre apparence de raison que cette perception fiscale constituât, même rétrospectivement, une autorisation qui validait chacune des acquisitions dans le sens où nous comprenons aujourd'hui le pouvoir d'autoriser les établissements charitables à recevoir. L'amortissement général c'était la décharge de l'impôt pour toutes les terres qui n'avaient pas été soumises à cette taxe, c'était en même temps l'assurance en droit, sinon en fait, que les mainmortables ne seraient plus inquiétés pour vider leurs mains, suivant l'expression en usage, des propriétés amorties et qu'elles pourraient les posséder à toujours.

Le mode des amortissements généraux atteste l'inexpérience sinon l'incurie de l'administration au dix-septième siècle, et j'en trouve en quelque sorte l'aveu dans le préambule de l'édit de 1749. « Il est d'ailleurs dans notre royaume un genre de biens, tels que les fiefs et les censives, dont les établissements même les plus autorisés pouvaient être contraints à vider leurs mains, parce qu'en diminuant par l'acquisition qu'ils en faisaient, les droits dus à notre domaine, ils diminuaient aussi ceux des seigneurs particuliers, lorsque les fonds acquis étaient dans leur mouvance, et ils ne pouvaient s'affranchir de cette obligation qu'en obtenant des lettres d'amortissement, *qui ne devraient leur être accordées qu'en connaissance de cause et toujours relativement au bien de l'Etat ;* mais ce qui semblait devoir arrêter le progrès de leurs acquisitions, a servi au contraire à l'augmenter contre l'intention du législateur, *par l'usage qui s'est introduit de recevoir d'eux, sans examen, le droit d'amortissement qu'ils se sont portés sans peine à payer, dans l'espérance de faire mieux valoir les fonds qu'ils acquéraient que les anciens propriétaires.* »

Les protestants eurent seuls le privilége de mériter l'intervention royale. On sait que la persécution avait recours à tous les moyens pour convertir les huguenots. L'un de ces moyens était de les forcer à n'avoir d'autres refuges, quand ils étaient malades, que les hôpitaux des catholiques. Les huguenots, pour se

soustraire à cette obligation, établissaient des hôpitaux clandestins que le roi faisait fermer quand ils étaient découverts ; de son côté, le parlement de Paris adjugeait à l'Hôtel-Dieu les biens provenant des libéralités qui étaient faites aux pasteurs de la religion réformée, afin que les protestants vinssent s'y faire soigner et administrer [1]. Pour éluder ces défenses, les protestants léguaient leurs biens aux anciens de leur consistoire ; mais le roi, par arrêt de son conseil privé, sans s'arrêter au testament, ordonnait que les biens seraient partagés entre les héritiers : « Fait Sa Majesté défense à ceux de la religion prétendue réformée de faire de semblables testaments ni auxdits anciens de leur consistoire de les accepter, à peine de nullité [2]. »

Il ne s'agissait pas d'ailleurs dans ces actes d'une réduction quelconque motivée par l'intérêt des familles, mais d'une attribution spéciale ou d'une confiscation motivées par un prétendu intérêt politique.

Tenons donc pour constant ce premier point, que le roi donnait des lettres patentes pour autoriser l'existence légale des communautés ou des corporations, qu'il délivrait aussi des lettres d'amortissement pour les acquisitions *in futurum*, ou pour confirmer celles déjà faites par des communautés autorisées, mais que jusqu'en 1749 il ne validait pas les actes de disposition au profit des établissements publics, et ne se faisait pas l'arbitre des intérêts opposés que ces actes mettaient en présence, celui de la famille dépouillée et celui de l'établissement charitable gratifié.

Quant aux parlements, est-il vrai qu'avant 1749 ils aient exercé à cet égard une délégation du pouvoir souverain et que, systématiquement, ils aient appliqué le droit de réduction comme un droit reconnu et faisant partie des lois du royaume ? Est-il vrai tout au moins qu'ils aient créé ce droit ?

Une controverse des plus vives séparait à cette époque les parlements sur la question de savoir si les gens de mainmorte étaient capables de recevoir des dispositions à titre universel. On trouve dans le *Journal des audiences* l'exposé complet de la discussion qui prépara, en 1718, un arrêt par lequel le parlement

[1] Arrêt du 7 janvier 1658.
[2] Arrêt du 17 juillet 1664.

de Paris maintint le legs universel que l'évêque d'Embrun avait fait au profit de son église [1].

Suivant les héritiers le droit romain prohibait les dispositions universelles au profit des communautés, comme on le voit par une constitution de l'empereur Adrien, rapportée dans la loi 8 au Code (*De hæred. instit.*). Cette loi porte que, sans un privilége spécial, nulle communauté ne peut être instituée héritière, « collegium si nullo speciali privilegio subnixum sit, hæredita-« tem capere non posse dubium non est. »

Denis Godefroy observe sur cette loi qu'elle a lieu en France, où l'on a introduit le droit d'amortissement dans la vue d'empêcher que les communautés ne se trouvassent insensiblement en possession de tous les fonds : « alioquin fieri posset temporis « decursu ut universa pene bona collegiis adquirerentur nec « enim mori dicuntur collegia, hinc apud Gallos jus amortisa-« tionis introductum est. »

L'empereur Constantin a été le premier qui ait permis de laisser aux églises (comme on le voit l. 1re C, *De sacrosanctis ecclesiis*). Godefroy remarque que la permission ne fut pas générale par tout l'empire : « notandum est edictum hoc ad popu-« lum Romanum missum et in urbe Roma præpositum, et sic « ad ecclesias urbis Romæ speciatim pertinere. » Le même auteur, après s'être élevé contre cette loi et contre les inconvénients qui en pourraient arriver, décide qu'elle n'a point lieu en France : « sane hodie hanc ob causam ab hoc jure recessum « est in Gallia. » Grégoire de Tours parle dans son Histoire d'une ordonnance du roi Chilpéric qui déclare nuls les testaments où l'on aurait institué les églises héritières.

Les communautés, ajoutaient les héritiers, ne peuvent être établies sans une permission expresse du roi. A cette permission on a coutume d'en joindre une autre, savoir la capacité de recevoir dons et legs particuliers, toujours exactement distinguée de la clause spéciale par laquelle, en dérogeant au droit commun, on a quelquefois permis à certaines communautés de recevoir des dispositions universelles. On connaît, par les différentes dispositions des lettres patentes d'établissement de plusieurs communautés, combien on a été exact à maintenir la règle qui exclut

[1] *Journal des audiences* de M. Duchemin, t. V.

les communautés de profiter des dispositions universelles faites en leur faveur. On a toujours distingué avec soin la simple permission de s'établir et de recevoir dons et legs particuliers d'avec le privilége spécial par lequel le roi veut bien accorder à une communauté le droit de recevoir des institutions universelles. Cette distinction est clairement marquée aux lettres patentes d'établissement de l'hôpital général de Paris. La clause autorisant les legs universels ne se trouve point dans les lettres patentes du plus grand nombre d'hôpitaux des autres villes.

Ici, l'avocat s'armait de la jurisprudence pour réfuter l'opinion contraire de Ricard. Suivant lui, les arrêts invoqués par cet auteur s'appliquaient à des donations faites à des religieux, à la charge de nourrir les donataires, ce qui constitue un contrat qui oblige également les deux parties. A l'appui de son opinion, il citait diverses décisions, entre autres un arrêt du 27 avril 1619, rapporté par Ricard : « La Cour a déclaré le testament du défunt évêque de Beauvais, en ce qui concerne le legs universel de ses meubles et acquêts fait en faveur des prêtres de l'Oratoire, nul. » Arrêt du 15 avril 1550, rapporté par Le Vest, ch. CCXXXVII, qui déboute les administrateurs de l'hospice du Saint Esprit d'un legs universel qui leur avait été fait au détriment des héritiers légitimes qui sont envoyés en possession. 19 février 1691, arrêt rendu sur les conclusions de M. le chancelier d'Aguesseau, lors avocat-général, qui annule pour cause d'incapacité des communautés à recevoir des legs universels une institution de cette nature faite aux religieuses du Saint-Sacrement.

Les mêmes principes étaient établis par M. l'avocat général Le Nain dans la cause de M. de Favinvilliers, qui avait institué l'hôpital général légataire universel. Le legs fut confirmé, eu égard à la permission expresse de l'article 45 des lettres d'établissement de l'hôpital général (qui permettaient au profit de cet établissement tous dons, legs et gratifications universelles ou particulières soit par testament, donations entre-vifs ou à cause de mort, ou par quelque autre acte que ce soit). M. Le Nain remarqua que, sans une pareille clause, les communautés étaient incapables de recevoir des dispositions universelles. Arrêt du 31 mars 1707.

« Les arrêts, dit Guyot, qui ont annulé les dispositions universelles faites au profit des gens de mainmorte, ne sont guère en

moindre nombre que ceux par lesquels ces dispositions ont été confirmées. » Cet auteur mentionne, outre les précédents, un arrêt rendu le 11 septembre 1680 en faveur des héritiers d'un sieur Lagarde, contre le séminaire de Limoges. Il y en a un autre, dit Guyot, du 29 août 1711, qui a pareillement déclaré nul et de nul effet le legs universel fait par Marie-Hélène Franquemont au profit des jésuites de Valenciennes. La cause avait été plaidée en première instance au conseil d'Artois, et ce tribunal avait adjugé la succession aux héritiers du sang, en payant une somme de 6,000 francs seulement aux pères jésuites, à quoi il avait réduit le legs universel ; mais sur l'appel, cette sentence a été infirmée et les jésuites déboutés de toutes leurs prétentions [1].

Les héritiers prétendaient enfin que la faculté accordée par lettres patentes à certains établissements de recevoir exceptionnellement des legs universels était si peu favorable et si contraire au droit commun, que, lorsque la Cour les confirmait, elle ordonnait toujours une distraction en faveur des héritiers, lorsque par le legs universel ils étaient frustrés de toute la succession. C'est ainsi que, par arrêt du 28 avril 1711, la Cour avait adjugé à la nièce d'un testateur une somme de 8,000 livres à prendre sur un legs montant à 30,000 livres en faveur de l'hôpital général de Paris. De même, en 1712, la Cour avait réduit à 6,000 francs le legs universel au profit de l'hôpital général par le sieur Bernard, chevalier de l'ordre militaire de Saint-Louis. Cet usage est tellement reconnu, ajoutait l'avocat, qu'actuellement, toutes les fois que l'occasion s'en présente, messieurs les administrateurs de l'hôpital général partagent également avec les héritiers les legs faits à l'hôpital.

Pour l'opinion contraire on citait l'opinion de Ricard : « Nous suivons, disait cet auteur, une jurisprudence semblable à celle que l'empereur Constantin avait introduite dans l'empire romain, et nous réputons les communautés ecclésiastiques aussi bien que les autres capables de toutes sortes de dispositions, pourvu qu'elles aient été approuvées par le prince. De sorte, néanmoins,

[1] L'annotateur fait remarquer toutefois que la testatrice avait eu pour confesseur un jésuite d'Arras ; circonstance qui avait sans doute beaucoup influé sur l'arrêt. (Voir *Répertoire*, v° INSTITUTION D'HÉRITIER.)

que pour ce qui regarde les immeubles, les communautés ne peuvent parmi nous les conserver, soit qu'elles les aient acquis ou qu'ils leur aient été donnés, à moins qu'elles n'en obtiennent une permission particulière du roi, par des lettres que nous appelons l'amortissement, lesquelles, à vrai dire, *par l'usage que nous observons aujourd'hui se réduisent à des taxes et à un intérêt pécuniaire, n'y ayant pas d'exemple dans lequel les lettres de cette qualité aient été refusées, et elles se sont jusques à présent accordées indifféremment moyennant finance*[1]. » « Tant s'en faut, ajoute-t-il en parlant de l'arrêt du 27 juillet 1619 qui avait annulé le legs de l'évêque de Beauvais, que cet arrêt puisse servir à établir une maxime générale contre les communautés ecclésiastiques, pour les exclure absolument des dispositions universelles; qu'il confirme leur habilité en général, en ce qu'il n'a improuvé par un règlement qu'il a fait que les donations universelles et excessives faites par les pères et mères au préjudice de leurs enfants, et des enfants au préjudice de leurs pères et mères. »

On citait dans le même sens des arrêts du 27 mai 1654, du 28 mars 1658, du 10 janvier 1665 et un arrêt de juillet 1717, au rapport de M. de Dreux, en faveur des religieuses anglaises du faubourg Saint-Antoine. Les héritiers mirent en œuvre, dit l'arrêtiste, les motifs de commisération, parce que la plupart d'entre eux n'étaient pas accommodés des biens de la fortune. Ils firent des efforts infinis sur la prétendue incapacité des communautés ecclésiastiques; cependant la sentence du Châtelet qui avait jugé en faveur des religieuses anglaises fut confirmée.

Le parlement de Paris tenait tantôt pour la capacité, tantôt pour l'incapacité des gens de mainmorte de recevoir des dispositions universelles. La division la plus profonde existe dans ses arrêts, puisque les uns annulent purement et simplement les actes de disposition, tandis que d'autres valident ces actes, mais réduisent les legs pour en attribuer, à titre de transaction, une part aux héritiers légitimes. D'autres parlements décidaient que les gens de mainmorte étaient capables de recevoir des legs universels et ceux-là respectaient religieusement la volonté des testateurs en s'abstenant de toute réduction.

[1] Ricard, *Des donations*, 1re partie, chap. III, sect. 13, n° 608.

C'est par suite de l'embarras où l'on était de concilier deux opinions aussi contradictoires qui reparaissaient dans chaque contestation, que l'on adopta le système de la réduction. Le tempérament dont avait usé le Conseil d'Artois, dit Guyot, a été également adopté par une foule d'arrêts, *et il paraît que l'usage le plus ordinaire dans plusieurs cours* n'est ni de confirmer, ni d'annuler entièrement, mais de réduire à de certaines sommes les institutions d'héritiers et les legs universels faits au profit des gens de mainmorte [1]. De là, ce me semble, une conséquence historique fort remarquable. C'est que le droit de réduction fut fidèle à son origine et *que les parlements ne l'appliquèrent qu'aux legs universels, parce que ceux-là seuls permettaient d'élever une contestation.* Mais ce n'était pas la qualité plus ou moins favorable des héritiers qui avait fait établir ces transactions, car il est tel cas où un legs particulier leur porte plus cruellement atteinte qu'un legs universel. *Ce qui a déterminé les réductions, c'est l'absence de loi positive sur la capacité des mainmortables à recevoir des dispositions universelles, alors que d'anciennes traditions leur déniaient ce droit.* Ce qu'il y a de remarquable, dit Guyot, c'est que régulièrement on ne fait dans la plus grande partie de la France que réduire les institutions d'héritiers ou legs universels. M. de Salverte, dans un Essai fort remarqué sur les libéralités faites aux établissements publics, me paraît s'être approprié l'erreur commise par un grand nombre de jurisconsultes, de n'avoir pas précisé la cause des réductions. « L'ancien droit n'appliquait cette mesure, dit-il, qu'aux institutions d'héritiers et aux legs universels. Il semblait, en effet, que le testateur qui dépouillait entièrement des parents au profit d'étrangers, le plus souvent sans cause légitime, obéissait plutôt à l'indifférence ou à la haine qu'à un sentiment bon et charitable. Était-il bien juste que son ressentiment passager fît sortir à jamais de la famille des biens héréditairement transmis depuis des siècles ? » La vérité, suivant nous, c'est que le droit de réduction n'était pas un droit distinct et spécial qui eût été octroyé par la prérogative royale pour protéger les familles,

[1] Parlement de Paris, 22 juillet 1613; 25 mai 1655; 23 mars 1694; 1er décembre 1695; 28 avril 1711-1712; août 1717; 27 août 1733; 14 août 1739; 5 décembre 1741.

dans un intérêt d'ordre public, contre les dispositions faites aux maimortables; c'était uniquement le résultat de transactions fréquentes que firent les parlements dans la crainte de blesser des droits opposés. Les principes sur l'incapacité des mainmortables n'étaient pas clairement énoncés, les cours faisaient le droit plutôt qu'elles ne l'interprétaient, et à défaut de loi écrite elles prétendirent prendre l'équité pour boussole. Elles posèrent les fondements du droit moderne, c'est incontestable, et dans le Code Napoléon l'on retrouve à chaque pas la trace de leur action bienfaisante. Mais ce que nous nions, c'est la prétendue unanimité de leurs décisions sur le sort des libéralités faites aux mainmortables et l'origine que l'on veut donner au droit de réduction. S'il était vrai, comme on le prétend, qu'il ne fût que l'application d'un corollaire du principe d'autorisation par le roi ou les parlements, il eût embrassé tous les dons faits aux établissements publics sans distinguer s'ils étaient universels ou particuliers.

Or, nul ne saurait nier la différence qui existe entre ce droit de hasard, si mal assis et si peu consistant, que la même juridiction le proclamait un jour pour le répudier le lendemain, et un droit écrit dans les annales de la royauté, universellement appliqué et s'affirmant hautement comme une conséquence du droit originaire et plus complet d'autoriser les libéralités faites aux établissements publics. Ce dernier droit prétendu, que M. Meaume nous représente comme ayant exercé son empire dans toute sa quiétude, ne fut que l ensemble d'une série souvent interrompue de décisions inspirées par l'incertitude des droits et par des considérations toutes de fait et de circonstance qui laissaient place à l'arbitraire. Tantôt on réduisait en haine des progrès de la mainmorte, tantôt par pitié pour des héritiers misérables; mais c'est là le point capital sur lequel j'insiste, avant 1749 les héritiers qui querellaient une disposition ne se servaient d'autre arme, pour soutenir leur contestation, *que de l'incapacité où l'on devait tenir les communautés de recevoir des dispositions universelles*.

Mais du droit qu'aurait eu le souverain de réduire la quotité de toute disposition parce qu'il aurait eu le droit supérieur de l'autoriser, jamais il n'en fut question dans aucune discussion ni dans aucun arrêt, et les avocats généraux, dans l'embarras où

ils se trouvaient de trancher la question d'incapacité que chaque jour l'on jugeait dans des sens différents et qui chaque jour se représentait plus jeune et plus vivace, les avocats généraux n'exprimèrent jamais cette pensée, que les parlements pouvaient réduire les legs universels parce que la royauté avait cette prérogative et qu'ils étaient eux-mêmes une émanation de la royauté.

Une fois, l'avocat général Bignon invoqua devant le parlement de Paris l'usage de réduire ; c'était en 1655, au moment où les arrêts les plus contradictoires se croisaient touchant la capacité des mainmortables. Mais le moyen auquel il fallut recourir est précieux à noter. « L'avocat général Bignon parlant, dit l'arrêtiste, pour l'intérêt public, remontra que l'usage de réduire était justifié au moyen *d'une enquête par turbes ;* qu'ainsi il y avait lieu de réduire le legs fait aux jésuites à la somme de 30,000 francs. »

Que le parlement, qui avait usurpé le droit de réduire sur la royauté, fût obligé de se réfugier dans une enquête par turbes pour établir l'existence de ce droit, n'est-ce pas la démonstration la plus éclatante que cet usage n'a existé comme coutume admise et sanctionnée que dans l'imagination de quelques jurisconsultes qui, jugeant les choses à distance et mettant tout leur génie à édifier des théories sur un ensemble d'arrêts, ne craignaient pas, de par leur autorité, de proclamer à l'état de coutume générale les principes les plus contestés et les plus diversement appliqués? Comment, en effet, si le droit de réduire était la conséquence du droit d'autoriser, et partant, une émanation du pouvoir royal, les parlements étaient-ils assez ignorants de leurs attributions pour en chercher la justification dans une enquête par turbes? Leur jurisprudence était donc assez flottante et assez incertaine pour qu'ils en vinssent à s'en rapporter à ces deux bandes de témoins suspects, la plupart du temps intéressés aux deux solutions opposées? « Car ces enquêtes, dit Guyot, étaient souvent inutiles à cause de la diversité des opinions et toujours dangereuses à cause des factions qui s'y pratiquaient. C'est pourquoi elles ont été abrogées par l'ordonnance de 1667. »

Dans les pays de droit écrit où l'on tenait pour certaine la capacité des mainmortables de recevoir des dispositions univer-

selles, la jurisprudence était plus ferme et maintenait la volonté du testateur.

Guyot rapporte que, dans les débats d'une demande en nullité de testament au profit de l'hôpital de Pont-en-Royans, les administrateurs répondaient à une demande subsidiaire de réduction du legs, « que la province de Dauphiné était régie par le droit écrit, suivant lequel la volonté des défunts devait être respectée, qu'on n'y connaissait point les réductions de l'espèce de celle dont parlait la demanderesse ; que si, dans d'autres parlements, ces réductions avaient été parfois admises, c'était suivant l'attestation de MM. les avocats généraux qui avaient porté la parole dans des cas particuliers, ou parce que les dispositions avaient été faites au préjudice des enfants ou par un testateur irrité contre ses parents ou par d'autres causes de cette espèce. » On sait en effet que les institutions faites en haine des enfants étaient annulées comme injustes [1], et qu'il en était de même pour les donations faites au préjudice des collatéraux, lorsque le disposant était animé plutôt d'un sentiment de vengeance que par le dessein de gratifier le donataire [2].

Retenons donc qu'avant 1749 la jurisprudence était loin d'avoir l'unité que M. Meaume a proclamée, puisque tous les arrêtistes constatent une lutte des plus ardentes et rapportent des décisions nombreuses tant pour que contre la réduction des libéralités.

VII

L'édit de 1749 est promulgué. Le législateur a voulu codifier tout ce qui touche aux acquisitions des gens de mainmorte. M. Meaume a cité presque en entier le préambule, ayant soin de souligner tout ce qui dénotait dans le nouveau monument législatif la sollicitude du roi pour les familles. Il y est dit, en effet, que l'autorité royale servira à concilier autant que possible *l'intérêt des familles avec la faveur des établissements véritablement utiles au public*. Mais, chose étonnante, le droit de réduction qui n'avait eu jusque-là qu'une existence précaire, puisqu'il était à l'envi adopté et repoussé, le droit de réduction, qui ne s'était introduit que pour certains cas exceptionnels où l'on niait la ca-

[1] Ricard, *Des donations*, 1re partie, chap. III, sect. 14, n° 620.
[2] *Ibid.*, n° 628.

pacité des mainmortables, ce droit n'est pas même mentionné dans l'édit. Bien plus, il n'y est pas fait une seule allusion assez marquée pour qu'on ne puisse s'y méprendre. Car cette conciliation, dont parle le préambule, de l'intérêt des familles et de celui des établissements charitables, peut aussi bien s'entendre d'une autorisation pour la totalité d'une libéralité que du refus de cette même libéralité. En décrivant l'objet que se proposait le législateur, il eût été facile de parler de cette faculté de réduction, si elle eût constitué le moyen légal de conciliation qu'on se proposait d'adopter, surtout quand il était urgent de couper court à la controverse que nous avons exposée.

Mais, loin d'indiquer ce moyen, le législateur a bien soin d'en formuler un autre, qui est le seul précisément que le texte de la loi consacrera. « C'est ce que nous nous proposons de faire, soit en nous réservant d'autoriser les établissements qui pourraient être fondés sur des motifs suffisants de religion et de charité, soit en laissant aux gens de mainmorte déjà établis la faculté de nous exposer les raisons qui peuvent nous porter à leur permettre d'acquérir quelques fonds. Ainsi, à l'avenir, plus d'établissement public sans autorisation du roi ; plus d'acquisition d'immeubles sans la même autorisation, et défense absolue de recevoir des immeubles par testament. Voilà les trois chefs qui font l'objet des prescriptions de l'édit.

Le second chef est réglé par l'article 14. « Faisons défenses à tous les gens de mainmorte d'acquérir, recevoir ni posséder à l'avenir aucuns *fonds de terre*, *maisons*, *droits réels*, *rentes foncières non rachetables*, même *des rentes constituées sur des particuliers*, si ce n'est après avoir obtenu nos lettres patentes pour parvenir à ladite acquisition et pour l'amortissement desdits biens, et après que lesdites lettres, s'il nous plaît de les accorder, auront été enregistrées en nosdites cours de parlement ou conseil supérieur, en la forme qui sera observée, nonobstant toutes clauses ou dispositions générales qui auraient pu être insérées dans les lettres patentes ci-devant obtenues par les gens de mainmorte et par lesquelles ils auraient été autorisés à recevoir ou acquérir des biens-fonds indistinctement, ou jusqu'à concurrence d'une certaine somme. »

Le troisième chef était prévu par l'article 17. « Défendons de faire à l'avenir *aucune disposition de dernière volonté* pour donner

aux gens de mainmorte des biens de la qualité marquée par l'article 14. Voulons que lesdites dispositions soient *déclarées nulles*, quand bien même elles seraient faites à charge d'obtenir nos lettres patentes, ou qu'au lieu de donner directement lesdits biens aux gens de mainmorte, celui qui en aurait disposé aurait ordonné qu'ils seraient vendus ou régis par d'autres personnes pour en remettre le prix ou les revenus. »

On remarquera d'abord que le droit de réduction, s'il avait été dans la pensée du législateur de le sanctionner, aurait eu une portée bien restreinte par l'édit, puisque celui-ci prohibe tous les legs d'immeubles de la façon la plus absolue. Il n'aurait pu s'appliquer qu'aux acquisitions et aux donations, et l'on sait qu'en général les fondateurs se dépouillent peu de leur vivant. La seule préoccupation du législateur paraît avoir été d'empêcher la concentration des immeubles en la possession des communautés. Ce qui le prouve, c'est que la liberté la plus entière est laissée aux établissements publics d'acquérir par tous les moyens des valeurs mobilières, soit par vente, donation ou testament. Or, dans ce système si précis de l'édit de 1749, système que l'on ne peut dénaturer, car les textes ne prêtent aucunement à une autre interprétation, que devient le droit de réduction? Il est anéanti ; car si nulle autorisation ne doit précéder les dons et legs de meubles, la réduction, qui n'est que la conséquence de l'autorisation, n'a plus de place. Prétendrait-on que le législateur a fait un oubli, ou que tout au moins, ayant trouvé le parlement en possession du droit de réduire les legs universels de meubles, il a voulu leur laisser le soin de continuer séparément leur œuvre ? On avouera que ce serait là une incurie manifeste et que j'ai peine à comprendre, si, comme on le dit, le chancelier d'Aguesseau a présidé à la constitution de l'édit de 1749, car, à cette époque, le droit de réduction était trop vivement contesté pour qu'un édit qui voulait codifier toute la matière ne fît pas cesser sur un point aussi essentiel les divergences qui étaient signalées, non-seulement entre les cours du nord de la France et celles du midi, mais qui éclataient même dans le sein du parlement de Paris.

Il serait d'autant plus extraordinaire que le chancelier d'Aguesseau n'eût tenu aucun compte du bruit qui se faisait autour du droit de réduction qu'il s'était fait devant le parlement de Paris

quand il y prononçait ses belles harangues en qualité d'avocat général, l'un des adversaires les plus intrépides de la prétention des mainmortables de recueillir des legs universels. Dans les procès de cette nature, les héritiers ne manquaient pas d'invoquer son autorité, non point pour demander la réduction des legs, mais leur nullité. « Il est certain, avait-il dit dans son premier plaidoyer [1], que nous trouvons une loi expresse dans les capitulaires qui fait défense à toutes sortes d'ecclésiastiques de recevoir les biens qui leur sont offerts au préjudice des parents et des plus proches héritiers (c'est sans doute le capitulaire de Louis le Débonnaire). Vos arrêts ont suivi cette ancienne loi du royaume ; vous avez toujours tenu pour maxime que ces dispositions universelles, contraires aux droits du sang et de la nature, qui tendent à frustrer les héritiers d'une succession légitime, sont en elles-mêmes peu favorables ; non que ce seul moyen soit peut-être suffisant pour anéantir un tel legs *jusqu'à ce qu'il ait plu au roi d'en faire une loi expresse* (n'est-ce pas là une allusion au futur édit !), mais lorsqu'il est soutenu par les circonstances de fait, lorsque l'on voit une communauté riche et opulente préférée à des héritiers pauvres et dignes de la libéralité du testateur ; lorsque la donation est immense, qu'elle est excessive, qu'elle renferme toute la succession, et lorsque d'ailleurs le donateur n'est point un ecclésiastique qui ait voulu donner le nom spécieux de donation gratuite à ce qui n'était peut-être qu'une restitution légitime, dans toutes ces circonstances, la justice s'est toujours élevée contre ces actes odieux ; elle a pris les héritiers sous sa protection, elle a cassé ces donations inofficieuses, excessives et contraires à l'utilité sociale... Ainsi, messieurs, la faveur des héritiers, la qualité des religieuses, l'immensité de la donation, la *loi du royaume*, l'utilité publique et particulière, toutes les maximes du droit, toutes les circonstances du fait s'opposent à la demande que l'on forme du legs universel. »

Le savant magistrat conclut à l'annulation du legs universel et à la délivrance des legs particuliers.

Si l'on veut bien tenir compte des dispositions où était le chancelier d'Aguesseau, des réclamations qui de toutes parts

[1] T. II, *Œuvres complètes*.

s'étaient élevées, moins contre les richesses du clergé que contre l'immensité de ses possessions immobilières; du peu d'importance des fortunes mobilières relativement aux fortunes territoriales, du discrédit relatif dont les meubles étaient frappés eu égard à la terre que l'on considérait à cause des souvenirs féodaux et même des droit encore existants, comme la source de la puissance; de l'immobilisation que les terres subissaient sous le joug de la mainmorte au grand préjudice de l'État et du commerce, tandis que les valeurs mobilières, obéissant à une loi inévitable, étaient rendues à la circulation ; si l'on tient compte, dis-je, de toutes ces considérations, on arrivera à s'expliquer rationnellement la différence que l'édit de 1749 avait consacrée entre les acquisitions de meubles et les acquisitions d'immeubles par les gens de mainmorte.

On fit une séparation complète entre les deux espèces de biens; pour les immeubles, défense absolue de les recevoir par testament; annulation de toute clause testamentaire qui ne tiendrait pas compte des prohibitions de l'édit; défense d'acquérir les mêmes biens par quelque moyen que ce fût, vente, donation, échange, sans que l'Etat eût donné pour chaque donation une autorisation expresse formulée dans des lettres patentes enregistrées par les cours souveraines. Pour les meubles, aucune restriction, c'est-à-dire liberté complète de les recevoir sans autorisation et par toutes sortes de modes de transmission, vente, donations et legs.

Antérieurement la jurisprudence n'avait annulé ou réduit que des legs universels, soit de meubles, soit d'immeubles, sans que les legs particuliers eussent même été critiqués par les héritiers : l'édit fait encore disparaître cette distinction. Les legs particuliers d'immeubles seront prohibés ; les acquisitions d'immeubles déterminés seront sujettes à autorisation ; au contraire, les legs universels de meubles jouiront de la même immunité que les legs particuliers de cette espèce de biens.

Outre les raisons plus haut énoncées pour justifier l'abîme profond que l'édit établissait entre les acquisitions de meubles et celles d'immeubles par les mainmortables, il y en avait une qui se trouve textuellement énoncée dans l'article 14 : « Faisons défenses à tous les gens de mainmorte d'acquérir, recevoir, ni posséder à l'avenir aucuns fonds de terre... si ce n'est après

avoir obtenu nos lettres patentes pour parvenir à ladite acquisition, et *pour l'amortissement desdits biens.* » Ce que veut le législateur c'est que, parallèlement à l'autorisation, le droit d'amortissement soit perçu afin de briser avec un passé de difficultés et de récriminations, et d'être certain que nul établissement ne soustrairait ses propriétés immobilières à l'impôt.

Cette distinction constatée entre les diverses espèces de biens, retournons à la jurisprudence; elle était gravement mise en embarras par la différence de régime auquel les meubles et les immeubles étaient soumis, et elle se demandait suivant quels principes il fallait prononcer sur les legs de meubles. C'est pourquoi Merlin disait, au mot INSTITUTION dans le *Répertoire* de Guyot : « L'on ne saurait plus douter que les gens de mainmorte ne fussent incapables de recevoir des immeubles, puisque les ordonnances des rois prohibaient l'acquisition de cette espèce de biens, à quelque titre que ce soit. Mais la question de savoir s'ils sont capables de recevoir une universalité de meubles à titre d'institution ou de legs est encore entière [1]. » Merlin constatait évidemment cette différence comme dérivant de l'édit de 1749. Ce qui porterait pourtant à penser que le silence de l'édit était interprété favorablement aux gens de mainmorte et contre les héritiers, c'est qu'à partir de 1749 on ne trouve plus d'arrêts prononçant sur des legs de meubles, tandis qu'avant cette époque les recueils en contenaient de nombreux. On ne trouve plus qu'en 1781 deux arrêts rendus sur des contestations qui avaient été élevées sur des dispositions universelles comprenant sans doute des meubles aussi bien que des immeubles. Dans les deux espèces les héritiers soutenaient que les communautés étaient incapables de recueillir des dispositions universelles; mais cette prétention étant insoutenable en présence de la déclaration de 1762, interprétative de l'édit de 1749, par laquelle la prohibition de recevoir des legs d'immeubles était levée, les héritiers demandaient subsidiairement la réduction des libéralités. La réduction fut refusée tant par le parlement de Grenoble que par celui de Paris [2].

Le même arrêtiste nous a conservé une discussion qui eut

[1] P. 335.

[2] Voir *Répertoire*, v° INSTITUTION, p. 338 et 340, affaire Bourne et Filletières.

lieu en 1778 devant le parlement de Toulouse, c'est-à-dire à une époque où l'édit de 1749 et la déclaration de 1762 étaient ou devaient être en pleine application, sur une demande en réduction. Ce qui frappe dans ces débats où chacun des adversaires, sans compter l'organe du ministère public, fouillait les lois et les arrêts pour en exprimer tous les motifs qui pouvaient justifier ou faire repousser la demande en réduction, ce qui frappe, dis-je, c'est que l'on a recours à des subterfuges dignes de tous points de ceux que les prudents employaient à Rome pour adoucir la sévérité du vieux droit, mais que les dispositions de l'édit de 1749 n'étaient pas plus invoquées que si elles n'existaient pas. Comment ! ce prétendu droit, suivant M. Meaume, universellement reçu par la jurisprudence, qui dérive inévitablement du droit d'autorisation, comme *le moins* est renfermé dans *le plus*, ce prétendu droit aura été écrit dans l'édit de 1749 et dans la déclaration de 1762, il aura été proclamé dans le but de concilier l'intérêt sacré des familles dépouillées et l'intérêt des établissements charitables, et nul ne saura l'y découvrir? Pas une voix n'osera l'invoquer? Pas un logicien ne saura le faire sortir du principe d'autorisation? Et cette règle qui paraît si simple aujourd'hui, que qui peut autoriser l'aliénation peut à plus forte raison la diminuer et la scinder, restera inaperçue de tous les jurisconsultes et de tous les héritiers? En vérité, c'est une fatalité, mais c'est un droit bien original et bien insaisissable celui qui ne s'affirme jamais, pas plus lorsqu'il émane du roi et de l'usurpation des parlements que lorsqu'il est solennellement conféré par les lois. Ecoutons M. de Cambon, avocat général, repousser ainsi les prétentions du frère du testateur : « Les arrêts qu'on trouve dans les livres, dit-il, ont accordé une portion au frère prétérit pauvre; mais dans quel cas? C'est ce qu'il faut déterminer d'une manière précise.

« Les arrêts ont distingué les libéralités faites en faveur des pauvres en général, et les libéralités faites en faveur des pauvres de tel hôpital, de tel établissement.

« Dans le premier cas, les arrêts ont donné une portion de la succession au frère prétérit pauvre, parce qu'il était censé appelé et compris dans la disposition générale des biens du testateur, et que sa volonté ne se trouvait pas éludée en donnant une portion de ses biens à son frère pauvre.

« Dans le second cas, les arrêts n'ont rien accordé au frère, quoique pauvre, parce qu'il était censé exclu de la succession de son frère par l'institution d'un héritier si favorable, et parce que la volonté du testateur eût été violée en appelant son frère, à moins que le frère ne se fût trouvé dans le nombre des pauvres de l'établissement institué héritier.

« La raison de cette jurisprudence est naturelle. Si le testateur institue tous les pauvres indéfiniment, ses frères ou parents pauvres se trouvent institués et compris dans l'institution générale, les biens parviennent à leur destination, en passant par les mains des frères pauvres.

« Si le testateur institue un établissement, un hôpital, une classe de pauvres en particulier, les frères ou autres proches parents du testateur n'auront aucune portion de la succession, à moins qu'ils ne soient de cet établissemeut ou hôpital, ou bien de la classe des pauvres institués, la volonté du testateur ne se trouvant pas autrement accomplie.

« Voilà les motifs de notre jurisprudence, et les distinctions qu'elle a faites à l'égard des frères ou proches parents du testateur qui avait donné à l'indigence. »

Remarquez que, dans l'espèce de l'arrêt, le testateur avait rapporté des échelles du Levant une fortune immense, et que son frère avait charge de six enfants, et pour subvenir à leur éducation un mince office de procureur au bailliage d'Annonay. L'hôpital de Montpellier n'eut pas une obole à distraire de l'opulente succession.

Durand de Maillane est d'accord avec M. l'avocat général Cambon : « C'est la jurisprudence universelle du royaume, dit l'auteur du *Dictionnaire de droit canonique*, d'accorder aux parents pauvres du testateur la préférence ou une portion privilégiée sur le legs qu'il a fait *aux pauvres en général*. » M. Meaume, sans tenir compte des dissidences et des distinctions de la jurisprudence, énonce purement et simplement que la jusprudence qui conférait aux parlements le droit d'autorisation et de réduction des libéralités excessives, était universellement reçue [1].

Ainsi, nous avons beau chercher l'application de l'édit de 1749 quant à la réduction des libéralités, non-seulement nos

[1] Sa brochure, p. 25.

recherches sont stériles, mais nous ne trouvons même pas énoncés devant les cours souveraines ces principes que les jurisconsultes modernes proclament comme ayant existé sans contestation aucune. On affirme le droit de réduction, mais nous sommes forcé de nous contenter d'allégations, alors que ses traces devraient être imprimées profondément dans les ordonnances et dans les arrêts.

VIII

Cette discussion pourra paraître à plusieurs subtile et de nulle importance dans un débat aujourd'hui restreint à la loi moderne. Loin de nous la prétention qu'elle soit de nature à y jeter de vives lumières ; toutefois, il importait de ramener à ses véritables proportions un usage auquel on a rattaché le droit nouveau par une filiation revendiquée en des termes si absolus. Le droit de réduction a été nié par les uns, accueilli ou plutôt créé par les autres, et par ces derniers appliqué de tant de façons diverses, contradictoires, arbitraires, qu'il est impossible de saisir les règles suivant lesquelles il s'exerçait. Au lieu d'être un droit constaté, manifeste, authentique, il n'eut pas d'existence proprement dite, comme tant d'autres usages qui constituèrent les coutumes du royaume. C'est par une illusion plus ou moins trompeuse de l'esprit de synthèse qu'il a été extrait et formulé comme étant la conséquence d'un principe. On a supposé que les décisions ayant réduit des legs étaient l'application du droit préexistant de réduire ces legs, tandis que c'est l'ensemble de ces réductions arbitraires qui a servi de fondement à un usage fort contesté, et qui, suivant d'Aguesseau, aurait été contraire à la véritable loi du royaume. Il est donc bien établi pour nous que les solutions de la jurisprudence ne furent jamais fondées sur la faculté que le pouvoir royal aurait départie aux parlements de réduire ou de rejeter les institutions au profit des mainmortables, mais, en l'absence de lois positives, par les idées qui dominaient ces juridictions ou par les intérêts qui les touchaient le plus vivement. Tantôt les magistrats considéraient les établissements publics comme aptes à recueillir des legs universels, mais saisis de pitié par l'état de pauvreté des héritiers, ils leur faisaient l'aumône d'une partie de la succession ; tantôt ils les considéraient comme inhabiles à recevoir des legs universels, et

alors ils se substituaient à la volonté du défunt et supposaient que, puisqu'il avait voulu donner à la communauté instituée l'hérédité entière ou une universalité de meubles ou d'immeubles de cette hérédité, il aurait à plus forte raison voulu lui laisser un legs particulier, s'il avait su que sa disposition serait invalidée. Les Cours faisaient d'un legs universel un legs particulier.

Mais si l'ensemble de ces décisions sans harmonie a pu recevoir le nom de *droit de réduction*, il est permis de revendiquer au moins dans un intérêt historique deux principes qui ressortent des décisions contraires et qui venaient heurter l'usage de la réduction, le combattre et empêcher son triomphe de s'accomplir. C'est, d'une part, l'incapacité des gens de mainmorte de recueillir des legs universels comme résultant depuis les capitulaires des traditions du droit public français. C'est, de l'autre, pour les pays de droit écrit, un respect absolu pour la volonté du testateur.

Ce dernier principe, qui s'était posé si résolûment en face des transactions et des mutilations que l'on faisait subir aux dispositions testamentaires, avait-il tellement perdu son prestige dans le nord de la France, que l'on pourrait soutenir que la réduction eût pu être imposée malgré la volonté expresse du testateur? Nul n'oserait aller jusque-là, après l'exposé que nous avons fait des fondements incertains sur lesquels reposait l'usage de réduire. Nous n'hésitons pas à dire que les cours souveraines n'auraient jamais osé briser un testament, dans lequel le disposant aurait substitué un tiers capable de lui succéder, pour le cas où l'établissement public serait déclaré incapable de recueillir toute sa succession. Quel droit le parlement de Paris aurait-il pu invoquer pour évincer le tiers substitué, puisque nous posons l'hypothèse où ce tiers n'aurait été frappé d'aucune incapacité légale? Aucun assurément, puisque, lorsque le testateur n'avait pas interdit la réduction, le parlement était obligé pour l'opérer d'invoquer son omnipotence, son despotisme et des précédents d'arbitraire. Le parlement n'aurait pas pu réduire *quand même*, réduire malgré la volonté du testateur qui vaut loi, elle aussi, lorsqu'elle n'enfreint pas des prohibitions législatives. Pour qu'il en fût ainsi, il aurait fallu que le droit de réduire eût été inscrit dans l'édit de 1749; or les conclusions de l'avocat général

d'Aguesseau ne permettent pas de supposer que le chancelier fût devenu tellement favorable aux gens de mainmorte, qu'après avoir flagellé leurs manœuvres, il leur fît cette concession : qu'ils succéderaient malgré le disposant. Pour le chancelier d'Aguesseau, ce qui importait ce n'était pas le droit de réduction dans l'intérêt des familles, qui n'était qu'un droit timide et de transaction et qu'il n'a ni nommé ni réglé, c'était la limitation des possessions immobilières des gens de mainmorte. Cette limitation, son édit l'assurait non par des demi-mesures, mais par des moyens radicaux : 1° la défense absolue de recevoir des immeubles par testament; 2° la défense d'acquérir des immeubles à tout autre titre sans autorisation.

Or, quand la loi gardait le silence sur un droit, presque aussi essentiel, assure-t-on, que celui d'autorisation, n'est-ce pas une preuve éclatante que l'on voulait respecter la volonté des testateurs? Dans le même ordre d'idées, qui pourrait soutenir que l'établissement charitable institué eût un droit acquis sur la succession, de telle sorte que les parlements eussent été obligés de l'y faire participer, même au cas où le testateur aurait déclaré que ses biens reviendraient à ses héritiers, s'ils n'étaient acceptés intégralement par l'établissement charitable? Il serait déraisonnable de discuter une semblable hypothèse; celle-ci admise cependant, elle entraîne avec elle une solution identique pour toutes celles où le testateur n'aura pas enfreint un texte de loi.

De tout ceci tirons donc cette conséquence que, jamais dans le droit ancien et créateur de l'usage de réduire les legs, les parlements n'ont eu à statuer sur un testament dans lequel le disposant se serait érigé lui-même en contradicteur du droit qu'ils s'arrogeaient; que cette prévision était presque impossible en l'état d'une jurisprudence, si vacillante et si timide dans ses écarts même, qu'elle n'avait pas su proclamer hautement le principe qui ressortait de ses décisions. Or, s'il est vrai qu'un droit ne puisse s'établir, se faire reconnaître et s'imposer sans contradiction, lorsqu'il n'apporte avec lui d'autre titre que quelques solutions prenant l'apparence d'un usage, il faut forcément arriver à cette conclusion définitive : que le testateur aurait pu dans l'ancien droit mettre opposition à la réduction de ses libéralités, en le déclarant d'une manière formelle, et que la réduction n'y fut licite que parce qu'elle obtenait, en dernière analyse, l'approbation de tous

les intéressés : 1° des communautés qui préféraient avoir une partie du legs qu'on pouvait leur enlever en entier ; 2° des héritiers qui étaient, par la volonté du testateur, dépouillés entièrement. Il n'y eut jamais d'autre contradiction que celle des communautés et celle des héritiers, les premières prétendant d'abord être capables de recueillir l'intégralité d'un legs ; les seconds prétendant que tous les mainmortables étant incapables, eux seuls devaient recevoir les biens que leur assuraient les liens du sang. Mais tous formulaient des conclusions subsidiaires qui leur permissent d'avoir au moins une partie de la succession convoitée, et c'est par ces concessions réciproques des parties litigantes que les cours souveraines arrivèrent à faire des transactions assez semblables à celles que les intéressés faisaient eux-mêmes, ainsi que le rapporte M. Duchemin au *Journal des audiences*.

C'est ainsi qu'à grand'peine, nous parvenons cependant à définir le droit de réduction dans l'ancien droit : *une faculté que les parlements s'étaient attribuée de réduire les legs universels faits au profit des mainmortables, pour y faire participer les héritiers légitimes lorsque le testateur n'avait pas interdit cette réduction.*

IX

Le droit de réduction a-t-il été adopté par le législateur du Code Napoléon ? L'article 910 est le premier texte de loi que nous rencontrions ; or on a lieu d'être étonné que ce droit, s'il a été sanctionné avec un caractère plus précis que dans l'ancienne législation, n'ait pas été défini par la loi ni même indiqué dans l'exposé des motifs présenté devant le Corps législatif. L'étonnement est d'autant plus profond, qu'en supposant même qu'avant la Révolution l'usage de la réduction des legs ait eu une existence moins éphémère que nous ne l'avons prétendu, il y avait eu cependant une assez longue interruption dans la chaîne des traditions pour qu'on lui accordât une mention expresse. On sait en effet que les lois révolutionnaires avaient dispersé les mainmortables, biens et personnes. Les dons et legs au profit des hospices et des pauvres même n'eurent plus de raison d'être pendant les quelques années où tous leurs biens avaient été réunis au trésor national et où l'Etat s'était imposé le devoir de subvenir à toutes les charges de l'indigence. Mais bientôt il

fallut renoncer à ces généreux projets et faire encore appel à la charité privée que l'on avait dédaignée et dont on avait paralysé l'élan. Le premier arrêté des consuls de la république, qui autorisa de nouveau l'acceptation de legs au profit des hospices, fut à la date du 19 vendémiaire de l'an IX. Rares d'abord, ces autorisations devinrent si nombreuses, qu'elles remplissaient le *Bulletin des lois* et surchargeaient le service administratif. Il fallut simplifier le système d'autorisation en déléguant les sous-préfets pour autoriser l'acceptation de toutes les libéralités n'excédant pas 300 francs. On parcourt vainement l'énoncé des arrêtés d'autorisation au *Bulletin des lois* avant l'an XI, époque de la promulgation du Code Napoléon, pour y découvrir quelque exemple de réduction ; les legs y sont toujours acceptés en entier, si ce n'est dans quelques cas où ils avaient dépassé la quotité disponible, et où, pour éviter toute contestation, l'hospice ou les pauvres ne sont autorisés que dans les limites légales.

Si l'on cherche la pensée du législateur dans l'exposé des motifs, on n'y trouve, nous le répétons, que des expressions vagues et de nature à laisser le champ ouvert à toutes les interprétations. « On ne met pas au nombre des incapables de recevoir, dit M. Bigot-Préameneu, les hospices, les pauvres d'une commune et les établissements d'utilité publique ; il est, au contraire, à désirer que l'esprit de bienfaisance qui caractérise les Français, répare les pertes que ces établissements ont faites pendant la révolution ; mais il faut que le gouvernement les autorise. Ces dispositions sont sujettes à des règles dont il doit maintenir l'exécution. Il doit connaître la nature et la quantité des biens qu'il met ainsi hors du commerce ; il doit même empêcher qu'il n'y ait dans ces dispositions *un excès condamnable*. » M. Meaume souligne ces derniers mots et y voit la sanction du droit de réduction. Il est certain que le législateur a voulu se donner le moyen de limiter les possessions des gens de mainmorte, mais ce moyen n'est-il pas précisément et uniquement le droit de refuser ou d'accepter les libéralités sans qu'il ait à recourir à leur réduction? C'est là ce que l'exposé des motifs ne dit pas plus que la loi. Les expressions dont s'est servi M. Bigot-Préameneu peuvent aussi bien s'entendre d'un *excès condamnable* dans l'ensemble des dispositions que dans telle ou telle disposition déterminée. Les paroles prononcées devant le Tribunat par

le tribun Jaubert ne sont pas faites davantage pour lever les doutes. « Les hospices, les pauvres d'une commune, les établissements d'utilité publique, ne pourront recevoir qu'en vertu d'une autorisation du gouvernement; le zèle et la piété ne doivent pas excéder les bornes légitimes. L'intérêt de la société, celui des familles exigeaient cette limitation, qui, au reste, sera encore plus sage que le fameux édit de 1749, où on ne trouvait de dispositions restrictives que sur les immeubles. » Si je ne me trompe, la pensée du tribun Jaubert était que la société et les familles seraient mieux protégées que par le passé contre l'envahissement des mainmortables, puisque la nécessité de l'autorisation les limiterait aussi bien dans leurs richesses mobilières que dans leurs possessions immobilières. Aller plus loin serait trouver dans ses paroles un sens qui n'y est pas exprimé.

Un an après la promulgation du Code, et plus tard, interviennent successivement divers arrêtés relatifs à l'acceptation des dons dans l'intérêt des hospices (15 brumaire an XII, 4 pluviôse an XII, décret du 12 août 1807, 18 germinal an X, etc., etc.) ; aucun d'eux ne formule le droit de réduction comme devant être exercé soit par le gouvernement, soit par les fonctionnaires délégués par lui pour accepter. On ne trouve rien de plus dans le décret de 1814, ni dans la loi de 1817.

Le droit de réduction n'étant pas écrit dans la loi moderne, on comprend très-bien que, dans l'intérêt public, l'Etat l'ait emprunté à l'ancienne jurisprudence, comme une faculté utile, comme un excellent moyen de conciliation pour éviter des contestations entre les communautés et les familles. Mais il est impossible qu'en l'absence d'un texte précis, cette faculté simple puisse être changée en un droit contre lequel viendra se briser impuissante la volonté du testateur. Il semble que c'est dans ce sens que le gouvernement l'entendait dans le principe. M. de Salverte rapporte qu'un legs avait été laissé à l'hôpital d'Abbeville, dans les termes suivants : « Je lègue et donne à l'hôpital d'Abbeville tout ce que les lois me permettent et m'autorisent de lui donner au jour de mon décès. » Ce testament était confirmé par trois codicilles successifs pendant six ans. Les maris de la nièce et de la petite-nièce du testateur réclamaient, en soutenant que l'acte était l'œuvre du ressentiment ou de la folie. Le préfet proposait une réduction de moitié. La section de l'intérieur,

sur le rapport du comte Molé, « émit unanimement l'avis que si le legs était bon pour moitié, il était bon pour le tout; que la division ne pourrait être proposée que si l'état d'indigence des réclamants leur faisait attendre leur subsistance de la succession de leur oncle ; qu'on ne pouvait porter atteinte à l'intégrité du legs sans enfreindre les dispositions du Code, et sans priver le testateur du droit que la loi lui accorde et qu'il invoque, par les termes mêmes dans lesquels sa disposition est conçue. » Le Conseil d'Etat prononça néanmoins la réduction. Remarquez d'ailleurs que si, dans l'espèce, le testateur avait légué toute sa succession, il n'avait pas mis pour condition à la validité de son legs, qu'il serait accepté en entier, et c'est toujours l'hypothèse qui sert de point de départ à notre discussion.

Le gouvernement lui-même, au dire de M. de Salverte, aurait répugné à employer le système des réductions; il aurait cherché à le remplacer par celui des *transactions* entre les établissements publics institués et les familles. « Il semblait, dit cet auteur, qu'en invitant les parties à un accommodement que le gouvernement se bornait à sanctionner, ce fût le plus sûr moyen de ménager leurs intérêts respectifs sans intervenir dans leurs affaires privées. Il est positif que ces sortes de transactions furent encouragées, surtout au commencement de ce siècle. » — On ratifia aussi plus d'une fois des transactions privées. Mais ce système présentait des inconvénients très-réels. Les transactions ne liant que les héritiers qui y étaient intervenus, il en résultait que l'établissement se trouvait à la merci de tout héritier nouveau qui se présentait. N'était-ce pas, d'ailleurs, encourager les prétentions des héritiers que de leur abandonner l'initiative de la réduction? La réserve dans laquelle restait l'Etat faisait dans ce système une part tellement large à l'intérêt des familles, que celui-ci devait, par une conséquence inévitable, se mettre au travers de toute institution, car l'abandon apparent de toute initiative dans la faculté de réduire impliquait chez le gouvernement la pensée d'anéantir les contestations en laissant toutes les prétentions se nettement formuler ; puis l'intérêt politique en général, ainsi dégagé de tous les obstacles, pouvait prononcer dans une atmosphère plus sereine et se recueillir sans arrière-pensée en se bornant à homologuer les transactions ou à les rejeter.

A vrai dire, le rôle tutélaire de l'Etat perdait de son importance et le gouvernement descendait, dans ce système, des hauteurs où l'impartialité et la délicatesse de ses agents l'ont toujours maintenu; aussi l'administration reprit-elle, et à bon droit, l'initiative, et elle l'a toujours fait avec une sagesse qu'on ne saurait trop louer.

Mais l'administration n'avait jamais eu à se prononcer sur la contradiction qu'un testateur élèverait lui-même contre la faculté de réduire dont elle est en possession. Jamais nul disposant n'avait voulu rendre son legs indivisible ni déclaré que, dans le cas où on le scinderait, il lui donnait une autre destination. Nous avons vu que le droit ancien n'avait jamais donné de solution à une semblable hypothèse. Or, si l'administration moderne a recueilli le droit de réduction tel qu'il existait dans le passé; si la loi, en le lui transmettant ou en l'en laissant en possession à titre de tolérance, n'a fait subir aux traditions du dernier siècle aucune modification, on chercherait vainement comment elle pourrait accroître ses prérogatives. D'après les traditions, les disposants savent que leur legs peut être repoussé ou accepté, c'est le texte de la loi qui le dit. Ils savent, en outre, que le gouvernement est dans l'usage d'accepter les legs *pour tout ou partie*, parce que les testateurs ne se sont pas opposés à la division de leurs dispositions. Quant au droit d'acceptation, qui est écrit, ils savent qu'ils ne peuvent pas le paralyser; leurs injonctions à cet égard seraient réputées non écrites. Mais les a-t-on jamais avertis qu'ils ne pourraient pas faire l'offre à l'Etat d'accepter leur fortune en entier ou de la rejeter en entier? Les a-t-on avertis qu'ils ne seraient les maîtres ni de disposer ainsi, ni de donner une autre destination à leur fortune pour le cas où cette condition ne serait pas observée? On ne saurait soutenir que, par cela seul que cette offre a été consignée dans un testament, car ce n'est qu'une offre après tout, l'établissement charitable qui était destiné à en profiter ait acquis le droit de recevoir l'hérédité, le gouvernement celui de la concéder et les héritiers celui d'en disputer la totalité ou une partie.

La condition que la fortune du disposant serait acceptée en entier par un établissement public ou recueillie par un autre légataire n'est donc ni impossible à exécuter, ni illicite, puis-

qu'aucune loi ne l'a condamnée et qu'elle est la manifestation souveraine d'une volonté libre qui ne doit s'incliner que devant les barrières de la loi.

Nous n'entrerons pas plus avant dans la discussion doctrinale de la question que soulève le droit moderne d'autorisation, afin de ne pas dépasser les limites que l'hospitalité de la *Revue historique* nous impose. Nous voulions démontrer seulement que le droit de réduction n'avait pas anciennement la fixité et l'importance que l'on a été obligé de lui donner afin de compléter la loi moderne qui l'aurait implicitement consacré. Notre dernier mot est celui-ci : La liberté testamentaire des citoyens importe plus à l'Etat que le droit de contrôle réservé à celui-ci sur les libéralités faites aux établissements publics. Le premier principe est de droit commun et général, le second n'est qu'un droit d'exception et accessoire. Celui-ci peut être réglementé à nouveau si l'intérêt de la société l'exige ; mais la liberté de tester doit être sauvegardée dans toutes ses manifestations lorsqu'elles ne sont pas contraires à la loi, parce qu'elle est une des prérogatives les plus sacrées du citoyen au milieu de la civilisation moderne.

PAUL BERNARD,
Docteur en droit, substitut du procureur général à Amiens.

BIBLIOGRAPHIE.

Essai historique sur les preuves sous les législations juive, égyptienne, indienne, grecque et romaine, avec quelques notes touchant les lois barbares et le vieux droit français, par Ch. Le Gentil, juge au tribunal d'Arras, etc. Paris, 1863, in-4°. A. Durand. Prix : 20 francs.

Bien des personnes se demandent comment il est encore possible de composer de nos jours un ouvrage de droit, puisque nos codes sont la clarté même, et qu'ils sont suffisamment élucidés au besoin par la jurisprudence. Ces personnes ne réfléchissent pas que la loi ne peut tout prévoir, et qu'elle ne peut rester stationnaire quand toutes les autres institutions humaines se modifient. Minos, le sage législateur de la Crète, l'avait bien compris, puisqu'il reconnaissait que ses lois pouvaient être changées après un essai de dix ans. En outre, les lois, en se modifiant, conservent toujours quelque chose des temps antérieurs, ce quelque chose est démodé et parfois incompréhensible. Il faut l'éclairer par un retour dans le passé. De là deux classes d'écrivains juridiques : les uns qui étudient le présent, et voient dans l'avenir les progrès que la législation doit atteindre, les autres qui constatent dans le passé les progrès obtenus.

M. Le Gentil, par la variété de ses travaux, se place dans chacune de ces catégories d'écrivains. Après avoir donné au public son excellent traité [1] historique et pratique des portions communales *dans les trois évêchés, la Bourgogne, la Flandre et l'Artois*, cet honorable magistrat d'Arras a publié ses dissertations [2] sur quelques-uns des points les plus controversés du droit français. Appelé par ses fonctions à entendre déposer des témoins, et à voir des plaideurs ou des prévenus discuter les preuves produites contre eux, M. Le Gentil s'est demandé en quoi différait notre façon d'agir d'avec celle de l'antiquité, sous le rapport de la preuve. Le corps du droit romain ne renferme que deux chapitres *de probationibus, præsumptionibus et quæstionibus*. Menochius représente le moyen âge avec son in-folio

[1] Paris, 1854. A. Durand, in-8°, avec supplément, 1857.

[2] Paris, 1857. A. Durand, in-8°.

sur les *præsumptiones*. Gabriel, avocat à Metz, a composé sur la *nature et la force des preuves* en 1750 un traité dans lequel la philosophie tient une grande place. Boiceau et Danty se sont essayés à examiner la *preuve par témoins*. Le Code Napoléon, le Code de commerce, le Code d'instruction criminelle ont consacré quelques articles à la preuve orale et écrite. M. Solon a donné une seconde édition du *Traité de la force des preuves*, de Gabriel, en le modernisant et en le faisant précéder d'une *dissertation historique sur les divers modes de preuves usités dans l'antiquité*. Enfin, M. Bonnier, professeur à l'Ecole de droit de Paris, a élucidé la question par son *Traité théorique et pratique des preuves en matière civile et criminelle*, qui est dans toutes les bibliothèques.

Le travail de M. Le Gentil est tout autre, et son livre *sur les Preuves* se distingue de ses devanciers en cette matière et par la forme et par le fond. Ce livre, qui sent l'huile, tant il est rempli de recherches, se fait remarquer par un luxe typographique auquel les jurisconsultes ne sont pas habitués. Pour ne peiner personne, je ne parle que de nos jurisconsultes allemands.

La Bible et le Talmud ont été le point de départ des recherches de M. Le Gentil, et sous sa plume investigatrice, ces livres sacrés nous font assister aux débats judiciaires des Hébreux dans toute l'originalité de leur procédure. Nous voyons cette nation, qui s'intitulait le peuple du vrai Dieu, ajouter une grande autorité au serment. Les témoignages oraux sont suspects aux Israélites, qui attachaient foi aux actes écrits, scellés et empotés. Ils faisaient intervenir Dieu en tirant au sort parmi les gens révoltés, et pour une femme soupçonnée d'adultère, en la forçant à boire un breuvage qui devait l'empoisonner seulement si elle était coupable.

M. Le Gentil est amené ensuite à toucher à quelques parties peu connues des mœurs juives, ce qu'il fait avec une grande érudition, appuyée sur des emprunts faits aux talmudistes et aux commentateurs chrétiens et protestants de la Bible.

La législation égyptienne est passée en revue parallèlement au droit mosaïque, puis M. Le Gentil nous met en présence de la loi de Manou et de ses interprètes. Diodore de Sicile, Maimonides sont interrogés, ainsi que les orientalistes modernes et les voyageurs d'hier.

Cette excursion dans le droit asiatique sert de transition au droit grec, qui lui emprunta beaucoup; ainsi, par exemple, les Thébains juraient par Osiris, et les Athéniens par Isis. Aussi n'est-on pas étonné de retrouver, avec M. Le Gentil, chez les Grecs les modes de preuve déjà constatés sur les rives du Nil et du Gange. L'aveu judiciaire est fréquemment pratiqué dans la Grèce antique, le serment l'est aussi et beaucoup trop, à en croire les poëtes satiriques. Les témoins viennent en aide à la justice, mais on voit poindre le système des exclusions. Quand les témoins sont des esclaves, on les soumet à la torture. A côté des dépositions viennent s'ajouter les preuves écrites portant le sceau de particuliers ou le sceau de l'autorité. En cas d'absence de fortes preuves écrites ou orales, les Grecs recouraient aux épreuves du sort, du duel, de l'eau, du feu, du sang.

Le droit romain fut tributaire du droit grec, principalement en ce qui a trait à la preuve judiciaire ; mais les écrits des jurisconsultes et des orateurs romains, qui nous sont parvenus plus nombreux que ceux de la Grèce, nous permettent de connaître avec plus de détails la procédure romaine. M. Le Gentil s'est adressé même aux poëtes, comme il l'avait déjà fait pour Athènes, et il nous étale un nombre incroyable de documents parfaitement coordonnés sur l'aveu judiciaire, l'aveu extrajudiciaire, le serment, les interrogatoires des accusés, les dépositions de témoins obtenues avec ou sans tortures, sur les registres du père de famille, sur les carnets des changeurs, sur les actes des tabellions, sur les archives municipales.

Il n'entre pas dans nos intentions de suivre M. Le Gentil dans son excursion au travers du droit romain, quoique la manière érudite et libérale dont plusieurs chapitres sont traités nous donnent des velléités d'insister. Nous ne voulons donner qu'un aperçu de ce beau livre, que les jurisconsultes voudront consulter, certains d'y rencontrer les textes non-seulement indiqués, mais même cités *in extenso*, ce qui est très-apprécié des personnes laborieuses.

Nous ne pouvons pas résister au plaisir d'indiquer le chapitre relatif à la question, à la torture que les Romains, allant plus loin que les Grecs, faisaient subir même aux hommes libres pour obtenir la preuve du fameux crime de lèse-majesté; ce crime si élastique qu'invente le despotisme impérial des Auguste, des Ti-

bère, et que perfectionna le droit canonique au moyen âge, en l'appliquant à Dieu. Aussi voyons-nous, sous le haut et sous le bas Empire, l'inculpation du crime de lèse-majesté devenir sans limites. On l'étendit jusqu'aux membres de la cour de l'empereur qui s'occupaient de mathématiques, d'astrologie, de magie. Suétone, Spartien, Vopiscus, A. Marcellin nous montrent les plus hauts dignitaires périssant écartelés, sous les prétextes les plus futiles, du moment qu'ils étaient suspects au souverain et à ses favoris. C'était le bon temps des accusateurs publics, et on vit un avocat en renom, Régulus, acquérir une très-belle fortune en soutenant des accusations contre ceux qu'on appelait les ennemis de Néron, ce prince adulé par la plèbe de Rome et détesté de l'univers.

C'est dans cet arsenal du droit pénal romain que le droit canonique du moyen âge alla chercher cette arme de la torture employée jadis contre les chrétiens, c'est ainsi que se forma le triste tribunal de la sainte inquisition, d'odieuse mémoire malgré de pieuses tentatives de réhabilitation.

Citons, en terminant, un autre chapitre plus riant. M. Le Gentil a réuni de nombreux matériaux afin de connaître quel était le rôle assigné à la femme comme témoin en justice. Il faut lire ces pages instructives. Josephe nous montre le témoignage de la femme repoussé chez les Juifs, Aulugelle chez les Romains, et Beaumanoir chez les Français, puis la femme fut admise comme par tolérance à apporter l'appoint de sa parole en justice. Qui le croirait? les traces de cette défiance ne sont pas encore effacées de nos esprits. Tout récemment, en face de la France, était discutée une candidature officielle du département de l'Isère. A ce sujet un orateur du gouvernement égayait l'assemblée du Corps législatif en démontrant que des faits articulés contre son candidat n'étaient prouvés que par le témoignage de femmes!... Ce membre du Conseil d'Etat et les députés tireraient profit de la lecture du livre de M. Le Gentil. Ils y acquerraient une connaissance plus pratique et plus historique de notre droit en matière de preuves. Ce incident est à notre point de vue le meilleur argument en faveur des ouvrages qui, comme celui de M. Le Gentil, approfondissent les origines de notre droit national.

CHARLES ABEL,
Docteur en droit.

Jurisprudencia civil vigente espanola y estranjera, por A. Juan Antonio Seoane, magistrado cesante de la audiencia de Madrid. 2 vol. in-8°; Madrid, 1861. Prix : 14 francs.

L'étude des législations étrangères a pris de grands développements depuis quelques années, mais ce qui a été fait n'est rien en comparaison de ce qui reste à faire. Un avocat de Madrid, M. Seoane n'en a pas moins essayé d'esquisser dans un tableau général et systématique toutes les législations de la terre. Son œuvre est fort imparfaite, comme on pouvait s'y attendre, et peut-être aurait-il mieux valu la passer sous silence s'il n'était intéressant après tout de voir comment un Espagnol a conçu le plan d'une si grande entreprise, et comment il a cru pouvoir l'exécuter.

L'auteur a pris pour base de son travail un système de droit rationnel auquel il rattache toutes les institutions positives. Nous ne l'en blâmons pas. C'était le seul moyen d'éviter les répétitions et de mettre en relief les rapports de filiation ou d'analogie entre les lois des divers peuples; mais nous regrettons que ce système ne soit pas plus simple et plus intelligible. D'après l'auteur, la famille, la propriété et les contrats sont la matière du droit, mais ces trois grands faits de la vie sociale se présentent suivant les circonstances comme entiers ou comme fractionnés. Ainsi la famille entière est la famille légitime. La famille fractionnée est la famille naturelle. La propriété fractionnée comprend la possession, les servitudes, l'hypothèque, la possession; puis viennent les diverses sanctions qui diversifient les droits. La sanction parfaite produit le droit entier; la sanction imparfaite produit le droit fractionné. Pour être parfaite, il faut que la sanction soit à la fois matérielle, morale, légale et sociale; elle est imparfaite quand elle ne présente qu'un de ces quatre caractères. Ainsi dans la famille la sanction parfaite constitue le mariage, la sanction physique la bâtardise, la sanction morale l'adoption, la sanction légale la légitimation et la sanction sociale la tutelle. En voilà assez sur toute cette métaphysique, dont le moindre défaut est de n'offrir aucune utilité.

Pour exposer les diverses législations sans se perdre dans le détail, l'auteur a senti la nécessité de les ramener à un certain nombre de types. Il en distingue cinq, qui sont : l'orientalisme, le slavisme, le germanisme, le civilisme et le romanisme. Par

civilisme l'auteur entend les législations qui, comme la nôtre, ont conservé les principes du droit romain, mais en les modifiant par la codification. Nous ne contesterons pas cette classification, malgré ce qu'elle a d'arbitraire, et nous arrivons tout droit au principal reproche que l'ouvrage nous semble mériter, celui d'avoir poursuivi un but chimérique. La science des législations comparées n'est pas encore assez avancée pour qu'un tableau complet et exact soit possible, et l'auteur ne paraît même pas au courant de la science actuelle. Il n'a pu faire qu'une compilation de codes et de manuels, compilation qui manque à la fois d'exactitude, de méthode et de clarté, malgré ses prétentions philosophiques.

Faut-il donc renoncer à l'étude des législations comparées? Non assurément. La voie ouverte par Montesquieu est toujours bonne à suivre, mais il faut se garder de synthèses précipitées, et se résigner à amasser les matériaux que d'autres générations emploieront peut-être un jour. Si l'auteur s'était borné à faire connaître l'esprit de la législation espagnole dans ses rapports avec le droit romain et avec le droit français, il aurait pu faire un livre utile. L'entreprise était encore assez belle, et nous regrettons qu'il ne s'en soit pas contenté. R. D.

Le télégraphe dans ses relations avec la jurisprudence civile et commerciale, par Filippo Serafini, professeur de droit romain à l'université royale de Pavie, traduit et annoté par M. Lavialle de Lameillère, employé de l'administration des lignes télégraphiques; 1 vol. in-8°. Paris, Durand, 1863. Prix : 3 francs.

Le télégraphe électrique n'existe que d'hier, et cependant, il a déjà sa jurisprudence. Il faut bien trouver des règles pour un genre de relations que les jurisconsultes romains n'avaient pu prévoir, et qui tendent à se multiplier de jour en jour; ou plutôt, comme le fait très-justement remarquer M. Sérafini, il n'y a pas à créer de règles nouvelles; il suffit d'appliquer avec discernement les principes constamment suivis jusqu'à ce jour.

Ainsi, par exemple, la question de savoir à quel moment un contrat est parfait, quand les parties contractantes ne sont pas en présence l'une de l'autre, est connue depuis longtemps. Elle est discutée dans tous les ouvrages de droit, mais elle emprunte

un intérêt particulier à l'invention du télégraphe. M. Sérafini la traite *in extenso*, avec citation de tous les auteurs qui en ont parlé, tant en Allemagne qu'en France. Il n'hésite pas à reconnaître qu'en thèse générale le contrat est parfait par l'acceptation, sans qu'il soit nécessaire que l'acceptation soit connue du proposant, et cette opinion paraît, en effet, la meilleure ; elle conduit l'auteur à cette conséquence que l'acceptation une fois donnée ne peut plus être révoquée, alors même que la révocation annoncée par le télégraphe serait connue de l'autre partie avant l'acceptation annoncée par lettre confiée à la poste. Toutefois, l'auteur reconnaît que la conséquence est rigoureuse, et qu'il pourrait être utile d'y déroger par une disposition légale, comme il a été fait par l'article 320 du Code de commerce allemand.

Une autre question importante et difficile est celle des conséquences de l'altération des dépêches. La perte doit-elle retomber sur l'expéditeur ou sur le destinataire ? Y a-t-il un recours contre l'administration du télégraphe ? Cette question a été jugée en 1856, par le tribunal de Cologne, dans la célèbre affaire Weiller contre Oppenheim, et la perte mise à la charge de l'expéditeur. M. Sérafini critique vivement cette décision, qu'il regarde comme contraire aux principes, quoiqu'un grand nombre d'auteurs allemands aient essayé de la justifier. Quant à la responsabilité de l'administration, M. Sérafini n'a pas de peine à prouver qu'elle résulte nécessairement de la nature du contrat qui se forme entre l'administration et l'expéditeur, et qui n'est autre qu'un louage d'ouvrage, mais il faut ajouter qu'en général la loi positive a exclu cette responsabilité de l'administration.

On voit assez, par ces exemples, l'intérêt qui s'attache à l'ouvrage de M. Sérafini. Le traducteur, M. Lavialle de Lameillère, a joint à cet ouvrage des notes et des documents précieux à recueillir. R. D.

QUOTITÉ DISPONIBLE.

Combinaison des articles 913 et 1094 du Code Napoléon.

Depuis bien longtemps on dispute sur la manière de régler le concours des libéralités faites en vertu des articles 913 et 1094 du Code Napoléon. Il n'est pas de question qui ait occasionné de plus vives controverses, et cependant on cherche encore une solution conforme à la raison et aux vrais principes du droit. La Cour de cassation, il est vrai, a rendu de nombreux arrêts qui semblent avoir fixé sa jurisprudence. La plupart des Cours impériales qui luttaient contre le système qu'elle a consacré, ont fini par se rendre à l'autorité de ses décisions. Mais la doctrine est encore partagée, et l'esprit pratique des hommes d'affaires n'a pas cessé de se plaindre des difficultés que soulève chaque jour l'application d'une jurisprudence qui soumet la quotité disponible à des variations continuelles et fait dépendre son étendue d'évaluations problématiques ou arbitraires.

Nous avons toujours pensé que les vices du système adopté par la Cour de cassation seraient mis de plus en plus en évidence par les résultats bizarres qu'il produirait forcément, et que la Cour suprême, qui sait au besoin s'affranchir de tout préjugé pour réformer sa propre jurisprudence, ne persisterait pas dans la voie où elle s'est engagée. Cet espoir nous encourage à présenter quelques observations sur une question déjà si souvent traitée. Cette question a d'ailleurs une si grande importance, que, pour être ancienne, elle n'a rien perdu de son intérêt ni de son actualité.

Rappelons d'abord en peu de mots l'état de la jurisprudence (§ 1er); nous chercherons ensuite à démontrer les vices du système qui a prévalu (§ 2); nous proposerons enfin la solution qui nous paraît seule conforme aux vrais principes du droit et satisfaisante pour la raison (§ 3).

§ 1er.

Le Code Napoléon était promulgué depuis peu de temps, lorsque la question du cumul de ce qu'on est convenu d'appeler les deux quotités disponibles s'éleva pour la première fois. On se demandait si l'époux qui avait disposé en faveur de son conjoint de la quotité fixée par l'article 1094 pouvait encore donner à l'un de ses enfants la quotité déterminée par l'article 913. La Cour d'Agen jugea l'affirmative en 1810 ; mais sa décision trouva peu de partisans. S'il était permis au père de famille d'épuiser par ses libéralités ces deux quotités cumulées, la réserve se trouverait, dans certains cas, réduite à une part si faible, qu'il est impossible de supposer une telle pensée aux rédacteurs de nos Codes. Aussi cette opinion fut bientôt abandonnée. On décida, en règle générale et absolue, que les libéralités faites soit à l'époux, soit aux enfants ou aux étrangers, ne pourraient jamais dépasser la plus forte des deux quotités disponibles.

Après avoir reconnu l'impossibilité de cumuler les deux quotités fixées par les articles 913 et 1094, il fallait régler les effets de leur concours, et c'est alors que furent soulevées les difficultés qui divisent depuis si longtemps la jurisprudence et la doctrine. Les Cours d'appel s'étaient déjà prononcées en sens divers par de nombreux arrêts, lorsqu'en 1824 la question fut portée pour la première fois devant la Cour de cassation. Il s'agissait de savoir si l'époux qui, par son contrat de mariage, avait donné à son conjoint l'usufruit de la moitié de ses biens, pouvait encore disposer d'un quart en nue propriété au profit de l'un de ses enfants, lorsqu'il en avait trois ou un plus grand nombre.

On soutenait, d'une part, que le don fait à l'enfant était valable, puisque, réuni à la donation faite au conjoint, il ne dépassait pas les limites de la quotité disponible la plus forte ; que si l'enfant eût été gratifié le premier, en vertu de l'article 913, d'un quart en nue propriété seulement, l'époux donateur aurait pu, sans aucun doute, disposer plus tard en faveur de son conjoint de l'usufruit de la moitié de ses biens, en vertu de l'article 1094 ; que l'étendue de la quotité disponible et la capacité du donateur ne peuvent dépendre de l'ordre dans lequel il a

disposé ; que les héritiers à réserve ne pourraient se plaindre qu'autant que les deux libéralités réunies excéderaient la plus forte des quotités dont la loi permet la libre disposition.

Mais on répondait que la quotité disponible de l'article 1094 a été créée uniquement dans l'intérêt des époux; que si, dans certains cas, elle dépasse les limites de la quotité ordinaire fixées par l'article 913, l'époux seul peut profiter de cette extension de disponibilité. Qu'en donnant à son conjoint l'usufruit de la moitié de ses biens, l'époux a disposé d'une valeur équivalente au quart de la propriété, suivant l'évaluation généralement admise ; qu'il a, en conséquence, épuisé la quotité déterminée par l'article 913; que l'enfant n'a pas le droit de se prévaloir de l'article 1094 pour retenir la libéralité qui lui a été faite par un acte postérieur, puisqu'il ne peut profiter de l'extension de disponibilité créée par cet article.

La Cour de cassation accueillit ce système par son arrêt du 7 juillet 1824, et depuis elle a rendu, dans le même sens, plusieurs autres décisions desquelles il résulte que l'étendue de la quotité disponible varie suivant la date des libéralités et l'ordre dans lequel elles ont été faites. Ainsi, le père qui a trois enfants et qui a donné à l'un d'eux un quart par préciput, soit en pleine propriété, soit en nue propriété seulement, pourra encore donner à son conjoint l'usufruit d'un quart ou de la moitié de tous ses biens. Les deux libéralités seront maintenues jusqu'à concurrence de la quotité la plus étendue de l'article 1094. Mais si le père a commencé par donner à son conjoint l'usufruit de la moitié de ses biens, il ne pourra plus faire aucune libéralité ni à ses enfants, ni à un étranger, puisque la première donation est considérée comme ayant épuisé la quotité fixée par l'article 913. (Voir rej., 21 mars 1837, S. 37, 1, 273; Cass., 24 juillet 1839, S. 39, 1, 633; rej., 22 novembre 1843, et autres arrêts cités par Dalloz, *Jurisprudence générale*, v° DISPOSITIONS ENTRE VIFS, n° 857.)

Mais si les deux libéralités étaient contenues dans le même acte, faudrait-il encore avoir égard à l'ordre des dispositions? Cette hypothèse se présenta pour la première fois en 1846. Un père ayant quatre enfants avait, par deux clauses du même testament, donné d'abord à l'un de ses fils le quart par préciput de tous ses biens en pleine propriété, et ensuite à son épouse

l'usufruit d'un autre quart. Les deux dispositions furent maintenues, comme n'excédant pas la quotité la plus étendue de l'article 1094. Mais il est facile de se convaincre, en lisant les motifs de l'arrêt rendu par la Cour de cassation le 9 novembre 1846 (S. 46, 1, 481, D. 46, 4, 402), que l'ordre dans lequel les deux dispositions étaient écrites dans le testament avait exercé une grande influence sur cette décision.

« Attendu, porte l'arrêt, que la disposition de l'article 1094... est personnelle aux époux et ne peut être invoquée ni par les étrangers ni par les enfants ; qu'ainsi lorsque par son contrat de mariage ou autrement l'un des conjoints a épuisé au profit de son conjoint la quotité déterminée par l'article 1094, soit que la libéralité embrasse une part en propriété et une part en usufruit, ou qu'elle soit restreinte à l'usufruit de la moitié, toute disposition ultérieure est expressément interdite. — Mais attendu que si le père de famille a gratifié l'un de ses enfants dans les termes de l'article 913, rien ne s'oppose à ce qu'il gratifie ensuite son conjoint, si les deux libéralités n'excèdent point la disposition la plus large autorisée par l'article 1094; qu'en ce cas, en effet, le conjoint seul profite de l'extension apportée en sa faveur à la faculté de disposer... »

Il semblait résulter de ces motifs que la décision serait différente si le legs fait à l'époux précédait le legs fait à l'enfant. Aussi, lorsque cette nouvelle hypothèse se présenta en 1847, on ne manqua pas de relever cet argument dans le pourvoi. Le rapporteur, M. Mesnard, ne put en dissimuler la gravité. Mais la Cour de cassation recula devant cette application rigoureusement exacte du principe qu'elle avait posé. Elle décida que si l'ordre des dispositions doit être pris en considération lorsque les deux libéralités sont faites par des actes séparés, il doit en être autrement lorsqu'elles sont contenues dans le même acte. Que dans ce cas elles doivent être considérées comme faites au même moment; qu'elles ont un caractère de simultanéité qui ne permet pas de regarder l'une comme antérieure à l'autre, ni de faire dépendre de l'ordre dans lequel elles sont écrites la détermination de la quotité disponible; qu'on doit toujours admettre que le disposant a eu l'intention d'user de la quotité disponible la plus élevée que la loi mettait à sa disposition, quel que soit le rang que la rédaction ait assigné aux deux legs.

(Rej., 20 décembre 1847 et 12 juillet 1848, S. 48, 1, 231 et 473, D. 48, 1, 14 et 164.)

On a ainsi éludé la difficulté par une sorte de fiction à l'aide de laquelle on efface le court intervalle qui a dû s'écouler entre la rédaction des deux clauses du même acte pour considérer les deux legs comme étant émanés simultanément de la volonté du testateur. Mais que déciderait-on si les deux legs étaient contenus dans des testaments distincts, rédigés à des dates plus ou moins éloignées? M. Troplong (n° 2608) avoue que la question serait plus délicate. Cependant il la résout toujours dans le même sens. Toutes les dispositions contenues dans les testaments successifs qu'un homme a faits ne sont, dit-il, que des projets tant qu'il vit, et ne reçoivent de réalité, d'effet, d'existence qu'à la mort du testateur... Elles ont donc toutes la même date... L'article 926 du Code Napoléon en contient la preuve ; car il soumet à une égale réduction tous les legs, quelle que soit la date des testaments qui les renferment. Tel est le motif qui détermine l'éminent jurisconsulte à considérer comme émanées simultanément de la volonté du testateur deux dispositions que leur date sépare peut-être par un intervalle de plusieurs années. C'est étendre bien loin l'empire de la fiction admise par les arrêts de 1847 et 1848. Nous ne savons si la Cour suprême voudrait aller jusque-là. Mais quoi qu'il en soit, cette nouvelle difficulté est une preuve de plus des embarras créés par sa jurisprudence.

Tous les arrêts rendus par la Cour de cassation jusqu'à l'année 1853 avaient statué dans des affaires où le disposant laissait trois enfants ou un plus grand nombre. Mais alors se présenta une hypothèse nouvelle : l'époux prédécédé avait, par son contrat de mariage, donné l'usufruit de tous ses biens à son conjoint ; plus tard, il avait donné un quart en pleine propriété à son fils aîné, et il était décédé laissant deux enfants.

On disait, dans l'intérêt du réservataire : le don universel d'usufruit fait au conjoint doit être réduit à la moitié par la survenance d'enfants ; or l'usufruit de la moitié vaut un quart en pleine propriété. Ce quart doit être imputé sur le disponible ordinaire, fixé au tiers lorsqu'il y a deux enfants. Le défunt n'a donc pu donner à son fils aîné que la différence du quart au tiers, c'est-à-dire un douzième en pleine propriété. On de-

mandait en conséquence la réduction du préciput à cette quotité.

C'était l'application à cette hypothèse nouvelle de la jurisprudence de la Cour suprême; la Cour impériale s'y conforma, et le pourvoi formé contre sa décision fut rejeté par un arrêt de la Chambre civile du 12 janvier 1853. (D. P. 1853, 1, 17.)

Singulier résultat! Jusqu'alors on avait donné la préférence tantôt à la quotité disponible de l'article 913, tantôt à celle de l'article 1094, suivant l'ordre dans lequel les libéralités étaient faites. Mais voici une troisième quotité disponible créée par la jurisprudence, qui n'est ni celle de l'article 913, ni celle de l'article 1094, puisqu'elle se compose de l'usufruit de la moitié des biens du disposant, plus un douzième en pleine propriété; d'où il suit que les biens restés libres dans la succession se trouvent réduits aux cinq douzièmes.

Ce résultat est évidemment contraire au vœu de la loi. L'article 913 a limité à la moitié des biens la plus forte quotité disponible lorsque le donateur laisse un ou plusieurs enfants. L'article 1094, statuant pour le même cas, n'a permis à l'époux de disposer en faveur de son conjoint que de l'usufruit de la moitié de ses biens, lors même qu'il ne lui donnerait aucune portion de la propriété; il est donc évident que le législateur a voulu qu'une moitié des biens restât toujours complétement libre pour la réserve des enfants. On va en conséquence contre sa volonté lorsque, après avoir donné à l'époux l'usufruit de la moitié des biens, on donne encore à l'enfant préciputaire un douzième en pleine propriété, puisqu'on restreint ainsi aux cinq douzièmes la portion libre des biens affectés à la réserve.

Le tribunal de la Seine a bien reconnu que ce résultat était contraire à la loi. Ayant à prononcer, en 1860, sur une hypothèse semblable, il s'est d'abord conformé à la jurisprudence en réduisant le préciput à la différence du quart au tiers, c'est-à-dire à un douzième en pleine propriété. Mais ne voulant pas que ce préciput grevât la réserve, il l'a converti en un sixième de nue propriété, et la Cour de Paris a confirmé ce jugement par un arrêt du 31 mai 1861 (D. 1863, 2, 91). La quotité disponible s'est trouvée ainsi fixée à la moitié en usufruit plus un sixième en nue propriété; proportions bizarres, non moins arbitraires que les précédentes, mais qui du moins ne sortent pas

des limites extrêmes dans lesquelles la loi a cru devoir renfermer la faculté donnée au père de famille de disposer d'une partie de ses biens.

Tel est le dernier état de la jurisprudence; la Cour de cassation, depuis cette époque, n'a pas eu à statuer sur la question. On semble avoir enfin renoncé à une lutte qui ne laissait plus aucun espoir de succès.

§ 2.

Les vices du système consacré par tant d'arrêts ont été bien souvent signalés; mais on ne peut trop insister pour faire ressortir tout ce qu'il a de contraire au véritable esprit de la loi, aux intérêts bien entendus de la famille et même aux principes les plus sacrés de la morale.

A l'époque où fut rédigé le Code Napoléon, tous les liens de la famille avaient été relâchés par nos commotions politiques : il fallait remettre le mariage en honneur, en favorisant les donations qui multiplient les unions légitimes, et rendre à l'autorité paternelle la sanction qu'elle avait perdue. C'est dans ce double but qu'ont été écrits les articles 913 et 1094. Ce dernier favorise le mariage, en permettant aux futurs époux d'assurer au survivant une existence conforme à celle qu'ils auront pendant la durée de leur union. L'autre fortifie l'autorité paternelle et en fait une sorte de magistrature domestique, en donnant aux pères de famille les moyens de récompenser et de punir par une sage distribution de leur patrimoine. (*Exposé des motifs* de Bigot-Préameneu.)

Mais pour que ce double but puisse être atteint, il faut que l'époux qui, en se mariant, a usé de la faculté que lui donnait l'article 1094, puisse encore trouver dans l'article 913 le droit de gratifier celui de ses enfants qui aura mérité cette préférence; et c'est ce droit que la jurisprudence lui refuse. En vain les futurs époux auront-ils restreint leurs libéralités réciproques à un don d'usufruit, afin de se réserver le droit de disposer de la nue propriété en faveur de l'un des enfants qui naîtront du mariage. Tous leurs calculs seront trompés. En donnant l'usufruit de la moitié de vos biens, leur dira-t-on, c'est comme si vous aviez donné un quart en toute propriété, et ce quart doit

s'imputer sur la quotité disponible de l'article 913. Si donc vous avez trois enfants, vous ne pouvez plus faire aucune libéralité ; si vous en avez deux, vous ne pouvez plus disposer que de la différence du quart au tiers, c'est-à-dire un douzième en pleine propriété suivant les uns, ou un sixième en nue propriété suivant les autres, quotité dans tous les cas insuffisante pour assurer à l'autorité paternelle une sanction efficace. De telle sorte que le futur époux, à qui on fera de la donation réciproque d'usufruit une condition du mariage, se trouvera placé dans cette alternative : ou de renoncer à un établissement qui aurait satisfait tous ses vœux, ou de se lier à jamais par une donation qui désarmera son autorité paternelle. Ainsi sera manqué le double but que la loi s'était proposé, de favoriser le mariage et de fortifier l'autorité du père de famille.

Et cependant la jurisprudence, qui annule la donation faite à l'enfant, lorsqu'elle est la dernière, la maintiendrait si elle était la première en date ; ainsi l'époux ayant trois enfants, qui a donné à l'un d'eux la nue propriété du quart de ses biens, en vertu de l'article 913, pourra encore, en vertu de l'article 1094, donner à son conjoint l'usufruit de la moitié. Mais si, obéissant à l'ordre naturel de ses affections, il a voulu d'abord assurer l'avenir de son époux, le jour même où il s'unissait à lui par un lien irrévocable, il ne pourra plus disposer d'aucune portion de ses biens en faveur de l'un de ses enfants. Sa liberté sera enchaînée pour toujours, son autorité paternelle n'aura plus de sanction. Pourquoi cette différence ? Parce que, dit-on, l'époux, dans le premier cas, profite seul de l'extension de disponibilité créée en sa faveur par l'article 1094, tandis que dans le deuxième cas ce serait l'enfant qui en profiterait.

Vaine subtilité que cette distinction ! Lorsque les futurs époux se donnent réciproquement l'usufruit de la moitié de leurs biens, ils ne peuvent le faire qu'en vertu de l'article 1094. Lorsque plus tard le père donne à l'un de ses enfants la nue propriété du quart, il ne peut faire cette libéralité qu'en vertu de l'article 913. Dans quelque ordre que ces deux donations aient été faites, chacun des donataires puisera toujours son droit dans l'article du Code qui est fait pour lui ; et ni l'un ni l'autre n'invoquera pour le faire valoir la disposition qui lui est étrangère. L'époux qui demandera la délivrance de son usufruit, fondera

toujours sa demande sur l'article 1094. L'enfant ne pourra fonder la sienne que sur l'article 913. Chacun profitera donc de la quotité disponible établie en sa faveur.

La Cour ne cassation n'a-t-elle pas reconnu elle-même la vanité de cette distinction en l'abandonnant lorsqu'un seul acte contient les deux libéralités? Dans ce cas, dit-on, il y a présomption que le testateur a eu l'intention d'user de la quotité la plus élevée que la loi mettait à sa disposition pour gratifier à la fois son époux et l'un de ses enfants. Ne peut-on pas en dire autant lorsque les deux libéralités ont été faites par des actes successifs? Quand les futurs époux, qui pourraient se donner, en vertu de l'article 1094, un quart en propriété plus un quart en usufruit, ne se donnent que l'usufruit de la moitié de leurs biens, ne doit-on pas présumer qu'ils ont prévu la survenance d'enfants, but et fin du mariage, et que s'ils n'ont pas voulu atteindre les dernières limites de la quotité disponible, c'est pour se réserver le moyen de satisfaire à une autre affection non moins impérieuse que l'amour conjugal? Vous approuvez la sagesse du père de famille qui, dans son testament, après avoir assuré l'avenir et la dignité de son épouse, en lui léguant l'usufruit de la moitié de ses biens, récompense l'enfant qui l'a soutenu dans sa vieillesse en lui léguant la nue propriété du quart de ces mêmes biens par préciput. Vous maintenez ces deux dispositions, parce que vous présumez qu'elles ont été conçues simultanément, et que vous voyez dans leur ensemble une sage combinaison qui satisfait à la fois la tendresse de l'époux et la justice du père. Pourquoi cette distribution de la quotité disponible, parfaitement légale aux yeux de la Cour de cassation, lorsqu'elle est réalisée par deux clauses du même acte, ne le serait-elle plus, lorsqu'elle est faite par deux actes séparés? Quel est donc celui qui, en se mariant, ne songe pas à la fois et à l'époux qu'il va prendre, et aux enfants qui vont naître de cette union? Le premier besoin, il est vrai, qu'éprouvent les futurs époux, c'est de se témoigner leur affection réciproque par un don mutuel qui leur assure une existence honorable jusqu'à la fin de leur carrière. Mais ils songent aussi aux enfants qui, après avoir fait le charme de leur vie, seront un jour l'appui et la consolation de leur vieillesse, et ils réservent une part de la quotité disponible pour récompenser celui dont le dévouement et la piété filiale

auront mérité cette faveur. Permettez-leur donc d'user de cette sage réserve, lorsque le moment en sera venu. N'exigez pas que pour satisfaire deux affections si légitimes, ils intervertissent l'ordre naturel où elles se produisent.

N'est-il pas d'ailleurs contraire à tous les principes, de faire dépendre l'étendue de la quotité disponible de l'ordre et de la date des libéralités? L'article 913 fixe la quotité disponible ordinaire d'après le nombre des enfants que laisse le disposant. L'article 1094 règle l'étendue de la quotité disponible entre époux, suivant que le donateur a des enfants, ou qu'il décède sans postérité. L'article 922 dit que la quotité disponible se détermine d'après la qualité des héritiers que laisse le disposant. Nulle part la loi ne se préoccupe de l'ordre dans lequel les libéralités ont été faites. Qu'importe en effet aux héritiers à réserve que l'époux ou l'enfant ait été gratifié le premier? Soit que le donateur ait commencé par disposer de l'usufruit en faveur de son époux, soit qu'il ait commencé par gratifier l'un de ses enfants, les deux donations réunies ne seront toujours que d'un quart en pleine propriété et un quart en usufruit. La quotité disponible ne sera donc pas excédée, et les héritiers à réserve ne pourront pas se plaindre.

La jurisprudence s'écarte donc du véritable esprit de la loi; elle blesse l'intérêt bien entendu de la famille en faisant dépendre l'étendue de la quotité disponible de l'ordre et de la date des libéralités.

Elle ne s'en écarte pas moins, lorsqu'elle soumet les dons d'usufruit à une évaluation que prohibe le Code, et que la morale réprouve.

Rien n'est plus difficile et plus incertain que l'estimation d'un droit d'usufruit. Sa valeur dépend de l'âge et de la santé de l'usufruitier. Que sera-ce si l'on ajoute à ces causes de variation les dangers plus ou moins grands auxquels pourront l'exposer sa profession, ses habitudes, son caractère et mille autres accidents imprévus qui peuvent trancher sa vie le lendemain du jour où vous aurez apprécié à une longue série d'années le temps présumé de sa jouissance! La fable du Vieillard et des trois Jouvenceaux sera toujours la peinture fidèle de notre fragile existence. Qui voudrait, après l'avoir lue, se charger d'estimer un usufruit à sa juste valeur?

La loi romaine avait cependant posé une règle de proportion pour apprécier la durée de l'usufruit d'après l'âge de l'usufruitier (D. L. 63, *ad legem falcid.*). Mais quelle certitude pouvaient offrir ces tables de mortalité appliquées sans tenir compte de la constitution physique de chaque usufruitier, et de tant d'autres circonstances particulières qui pourraient modifier les probabilités? Aussi, dans notre ancienne jurisprudence cette règle du droit romain n'était pas suivie. Une ordonnance de 1441 avait fixé, pour le rachat des rentes, la valeur relative de l'usufruit au tiers de la pleine propriété; quelques auteurs, se fondant sur cette disposition, soutenaient que l'usufruit devait toujours être estimé au tiers de la valeur totale du fonds. Mais cette évaluation arbitraire était repoussée par Lebrun, qui voulait qu'on eût égard à l'âge, à la santé, à la profession de l'usufruitier, et aux autres circonstances du fait pour fixer la valeur de son droit, et déterminer en conséquence sa part contributoire dans le payement des dettes (*Successions*, liv. I, ch. v, sect. III, n° 21). De là des controverses interminables auxquelles l'article 612 du Code Napoléon a mis fin en adoptant, pour le payement des dettes, un mode qui exclut toute évaluation de l'usufruit.

Mais ces controverses et ces difficultés auraient pu renaître en matière de réduction. Lorsque la libéralité attaquée comme excessive est d'un usufruit ou d'une rente viagère, pour savoir si elle dépasse la quotité disponible, il faudrait estimer la valeur de l'usufruit ou de la rente. La loi n'a pas voulu de ces évaluations problématiques. Elle a pourvu à la garantie des réservataires, en leur donnant le choix d'exécuter la disposition dans son entier, ou de faire l'abandon de la propriété de la quotité disponible (art. 917, C. Nap.).

Peut-on supposer que le législateur qui, dans ces deux cas, a pris de si sages mesures pour éviter l'évaluation arbitraire du droit d'usufruit, ait entendu l'autoriser, ou plutôt qu'il l'ait rendue nécessaire dans un cas qui devait se présenter bien plus fréquemment? C'est cependant ce qui résulterait du système adopté par la Cour de cassation. Car en suivant les règles qu'elle a posées, toutes les fois que le don d'usufruit précédera le préciput donné à l'un des enfants, il faudra estimer la valeur de cet usufruit pour savoir si la première libéralité a épuisé la quotité disponible de l'article 913 ou pour déterminer la portion de cette

quotité qu'elle aura absorbée. De cette évaluation dépendra la validité ou l'étendue de la donation faite à l'enfant.

Bien plus, il faudra souvent estimer l'usufruit pour déterminer l'étendue de la quotité disponible. En effet, la jurisprudence voulant prohiber le cumul de ce qu'elle appelle les deux quotités disponibles, a posé comme règle absolue que dans aucun cas les libéralités faites à l'époux et aux enfants ne pourraient dépasser la plus forte de ces deux quotités. L'application de cette règle était facile tant qu'on n'a dû la faire qu'au cas où il y avait trois enfants ou un plus grand nombre. Il est en effet bien évident que dans cette hypothèse la quotité de l'article 1094, qui peut s'élever jusqu'à un quart en propriété plus un quart en usufruit, est plus étendue que celle de l'article 913, qui ne peut dépasser un quart en propriété. Aussi cette règle parut alors fort simple, et personne n'en fit la critique. Mais lorsqu'on a voulu étendre la même règle au cas où il n'y a que deux enfants, alors son application est devenue beaucoup moins facile. Pour déterminer, dans cette hypothèse, si la quotité de l'article 1094, qui est toujours d'un quart en propriété plus un quart en usufruit, est plus forte que celle de l'article 913, qui est d'un tiers en pleine propriété, il faut nécessairement évaluer l'usufruit. Si vous l'estimez, suivant l'usage, à la moitié de la propriété, ce sera la quotité de l'article 1094 qui sera la plus étendue. Si vous estimez l'usufruit comme le prescrivait l'ordonnance de 1441 au tiers de la propriété, les deux quotités seront égales. Mais si sa valeur est inférieure au tiers de la pleine propriété, alors la quotité de l'article 913 sera la plus forte.

Voilà donc à quelles incertitudes, à quels embarras vient aboutir le système consacré par la jurisprudence. Que fera le père de famille, lorsqu'il voudra connaître la quotité dont il lui est permis de disposer? Ira-t-il consulter des jurisconsultes, des hommes d'affaires ? Comment pourront-ils prévoir quelle valeur le juge attribuera un jour à l'usufruit que le disposant veut donner à son époux? Et cependant la question a pour lui le plus grand intérêt ; car si la quotité de l'article 913 doit être réputée la plus forte, comme l'excédant ne peut profiter qu'à l'enfant préciputaire, il faut nécessairement que le donateur commence par disposer en faveur de son époux, s'il veut jouir de toute l'étendue de la quotité disponible. Si, au contraire, la quotité de l'ar-

ticle 1094 doit être réputée la plus forte, il faut qu'il gratifie en premier son enfant, afin de pouvoir donner tout l'excédant à son époux qui a seul le droit d'en profiter. Que fera donc le disposant au milieu de cette obscurité à travers laquelle personne ne pourra le guider? Il sera obligé de s'en rapporter au hasard, et malgré tout son désir de se conformer à la loi, il se verra dans l'impossibilité d'assurer la validité de ses dispositions.

Non, la loi n'a pu vouloir soumettre à tant de hasards et d'incertitudes la détermination de la quotité disponible. Elle l'a fixée, au contraire, avec précision, suivant le nombre et la qualité des héritiers, afin que chacun pût y conformer exactement l'étendue de ses dispostions et en assurer ainsi toute l'efficacité.

Les tribunaux, à la vérité, se sont mis fort à l'aise pour rendre l'évaluation de l'usufruit simple et facile. Les premiers arrêts, adoptant pour base de leur estimation les dispositions de la loi fiscale, ont évalué l'usufruit à la moitié de la valeur totale de la propriété. Cette base uniforme s'est transmise d'un tribunal à l'autre; elle est bientôt devenue la règle générale de toutes les évaluations, à tel point qu'en un demi-siècle on citerait à peine quelques décisions qui s'en soient écartées.

On comprend que la loi du 22 frimaire an VII, pour assurer le recouvrement des droits de mutation, ait dû prendre une moyenne d'évaluation, et la poser comme règle de perception, afin d'éviter des estimations qui auraient été une source de procès aussi nuisibles à l'intérêt des contribuables qu'à ceux du Trésor. Mais transporter cette règle dans le droit civil pour déterminer l'étendue de la quotité disponible, ou pour en faire la base d'une liquidation, c'est substituer à la justice une mesure purement arbitraire. Si l'usufruit légué à un homme de trente ans ne vaut que la moitié de la propriété, celui qui repose sur la tête d'un homme de soixante ans ne peut avoir la même valeur. L'usufruit donné à une personne faible et maladive ne peut être évalué au même taux que celui dont le titulaire jouit d'une constitution saine et robuste. Et cependant, depuis plus de cinquante ans, les tribunaux estiment invariablement tous les droits d'usufruit à la moitié de la propriété, sans tenir aucun compte de l'âge, de la santé de l'usufruitier et de tant d'autres circonstances variables qui seules peuvent en déterminer la véritable valeur. Ces prétendues variations sont évidemment dérisoires; aussi tous

les auteurs sont unanimes pour repousser la règle uniforme puisée dans la loi fiscale, comme étant inique et arbitraire. La Cour de cassation elle même, tout en déclarant que les tribunaux ne violent aucune loi en estimant l'usufruit à la moitié de la valeur totale du fonds, *conformément à la règle généralement adoptée*, reconnaît cependant qu'ils peuvent lui donner une moindre valeur en appréciant les circonstances de la cause. (Voir Motifs de l'arrêt du 24 juillet 1839. S. 1839, 1, 633).

L'évaluation uniforme et arbitraire admise par la jurisprudence n'est donc qu'un expédient indigne de la justice. Il ne peut y avoir d'estimation sérieuse que celle qui a pour base l'âge, la santé de l'usufruitier et toutes les autres circonstances qui peuvent influer sur la durée probable de sa vie. Les parties ont le droit de discuter toutes ces circonstances. Les tribunaux ne peuvent refuser de les entendre. Et alors quel scandale ! La fixation de la quotité disponible ne sera plus qu'une question de médecine légale. Il faudra nommer des experts pour visiter la personne de l'usufruitier, scruter ses maladies les plus secrètes ; et ce sera un fils qui, pour déprécier l'usufruit donné à sa mère et augmenter d'autant la part qui lui revient dans la quotité disponible, provoquera contre elle ces mesures impies ; ou l'entendra discuter en sa présence le nombre d'années qui lui reste à vivre, appeler pour ainsi dire la mort sur sa tête en démontrant qu'elle a déjà un pied dans la tombe. Quelle profanation ! et cependant il faudrait l'autoriser si l'on voulait prononcer en connaissance de cause. Mieux vaut mille fois encore la règle uniforme adoptée par la jurisprudence, quelque inique qu'elle soit.

Que faut-il conclure de tout cela ? qu'un système qui mène à de telles conséquences, qui force le juge à choisir entre le scandale et l'arbitraire, doit être infecté d'un vice radical ; qu'il faut l'abandonner résolûment pour chercher une solution plus conforme aux principes de la raison, de la morale et de la justice. Cette solution se trouvera dans une saine interprétation de la loi.

C'est ce qu'il nous reste à démontrer.

§ 3.

Pour comprendre parfaitement le sens de l'article 1094, il faut se reporter aux travaux préparatoires du Code. D'après le

projet qui fut présenté en l'an VIII par M. Jacqueminot, la quotité disponible n'était pas proportionnelle au nombre des enfants. Soit que le donateur n'en eût qu'un seul, soit qu'il en laissât plusieurs, il ne pouvait jamais disposer que du quart de ses biens. Mais l'article 151, qui déterminait l'étendue des libéralités entre époux, était le même que notre article 1094. Ce premier projet fixait donc au quart la quotité disponible ordinaire, dans tous les cas où le donateur avait un ou plusieurs enfants; il autorisait en même temps, comme le Code actuel, l'époux qui avait des enfants à disposer en faveur de son conjoint d'un quart en propriété et d'un quart en usufruit, ou de la moitié de l'usufruit de tous ses biens. Peut-on supposer que ses auteurs aient voulu dire par là que le père de famille, après avoir donné le quart de ses biens à un étranger, pourrait encore donner à son époux un autre quart en propriété plus un quart en usufruit? Le simple bon sens suffit pour repousser cette supposition. Comment admettre en effet que les rédacteurs de l'article 151, qui avaient restreint si rigoureusement la quotité disponible ordinaire dans le cas même où le donateur ne laisserait qu'un seul enfant, eussent entendu permettre à l'époux qui en aurait plusieurs de les réduire à partager entre eux le quart de sa succession, sauf à en recueillir un autre quart au décès du conjoint survivant? Aujourd'hui même, sous l'empire de l'article 913 qui fait à la quotité disponible une part beaucoup plus large, tout le monde reconnaît que ce cumul serait monstrueux, qu'on ne pourrait, sans faire injure au législateur, lui attribuer l'intention d'autoriser une pareille énormité. A plus forte raison ne peut-on pas prêter cette intention aux auteurs du projet qui avaient accordé beaucoup plus de faveur à la réserve des enfants.

Mais s'il est impossible d'admettre que les rédacteurs de l'article 151 aient voulu autoriser le père de famille à disposer à la fois d'un quart en propriété au profit d'un étranger, et d'un autre quart en faveur de son conjoint, cet article ne créait donc pas pour les époux une nouvelle quotité disponible en propriété, distincte et indépendante de celle que les articles précédents avaient fixée d'une manière générale; il permettait simplement à l'époux de donner à son conjoint la quotité disponible ordinaire, en y ajoutant un quart d'usufruit à prendre sur la réserve des enfants. Il fallait nécessairement interpréter ainsi l'article 151 du

projet, ou admettre que ses auteurs avaient autorisé le cumul des deux quotités ; on ne trouvait, en effet, dans ce projet aucun article qui défendît au père de famille de gratifier à la fois son époux et l'un de ses enfants ou un étranger. Si donc le quart que l'article 151 lui permettait de donner à son époux n'eût pas été le même que celui qu'un article précédent lui permettait de donner à toute autre personne, il eût été impossible de l'empêcher de disposer successivement de l'un et de l'autre.

Il est donc évident que les rédacteurs de l'article 151 du projet, en permettant à l'époux qui avait un ou plusieurs enfants de donner à son conjoint un quart en propriété, entendaient simplement l'autoriser à lui donner la quotité disponible ordinaire, et que la seule extension de disponibilité qu'ils voulaient créer dans ce cas en faveur des époux, consistait dans la faculté accordée au donateur d'ajouter à la quotité ordinaire un quart d'usufruit à prendre sur la réserve des enfants.

Les deux parties de l'article 151 se trouvaient ainsi en parfaite harmonie. L'une et l'autre accordaient à l'époux une large part sans jamais faire sortir de la famille les biens affectés à la réserve. C'était la même pensée appliquée à deux hypothèses différentes.

Le premier alinéa, prévoyant le cas où le donateur ne laissait pas d'enfants, lui permettait de disposer en faveur de son conjoint de toute la quotité disponible ordinaire, et de lui donner en outre l'usufruit de la réserve entière. Ici le législateur, suivant l'ordre présumé des affections, avait cru pouvoir préférer l'époux, dont la vie s'était confondue avec celle du donateur, aux ascendants que les probabilités naturelles n'appelaient pas à recueillir un si triste héritage.

Le deuxième alinéa, s'appliquant à l'hypothèse où le donateur laisserait des enfants, l'autorisait encore à donner à son conjoint toute la quotité disponible ordinaire en pleine propriété. Mais il ne pouvait, comme dans le cas précédent, lui permettre de donner à son époux l'usufruit de la réserve entière, car c'eût été pour les enfants une véritable exhérédation qui les aurait privés de tout moyen d'existence. L'article 151 réduisait en conséquence, pour cette hypothèse, à un quart la portion de l'usufruit de la réserve dont le donateur pourrait disposer en faveur de son conjoint. C'était assez pour assurer à l'époux survivant un

sort convenable sans dépouiller les enfants des ressources nécessaires à leur subsistance.

Le système primitif était donc bien simple. L'époux, soit qu'il laissât des enfants, soit qu'il n'en eût pas, pouvait toujours donner à son conjoint la propriété tout entière de la quotité disponible ordinaire. Il pouvait lui donner en outre l'usufruit de la réserve, soit en totalité, s'il n'avait pas d'enfants, soit jusqu'à concurrence d'un quart seulement, s'il en avait un ou plusieurs.

Ainsi les auteurs du projet de l'an VIII n'avaient établi qu'une seule quotité disponible en propriété, qui était la même pour tous. L'article 151 n'apportait aucune modification à cette quotité ; il autorisait seulement l'époux à la donner à son conjoint. L'extension de disponibilité créée par cet article en faveur des époux consistait uniquement dans la faculté qui leur était accordée de grever la réserve d'usufruit, en totalité ou en partie, au profit du conjoint donataire. On assurait ainsi au survivant une existence conforme à celle qu'il avait eue pendant la durée du mariage, sans faire passer dans une famille étrangère les biens affectés à la réserve des héritiers.

Ce fut en l'an XI, que, sur un amendement de Cambacérès, on substitua à la quotité fixe du projet une quotité proportionnelle au nombre des enfants. L'article qui réglait les dispositions entre époux fut néanmoins adopté sans modification. Il parut suffisant pour remplir le but que s'était proposé le législateur. Augmenter au profit de l'époux survivant la quotité disponible en propriété, c'eût été favoriser les seconds mariages qui auraient fait passer dans les mains d'un nouvel époux les biens destinés à doter les enfants du premier lit.

De ce changement introduit dans la disposition de l'article 913, il résultait que l'époux ayant trois enfants ou un plus grand nombre, pourrait encore, comme dans le projet, donner à son conjoint toute la quotité disponible ordinaire en propriété, mais qu'il ne pourrait plus lui en donner qu'une portion, lorsqu'il n'existerait qu'un ou deux enfants. Cependant, quoique ce changement ait altéré la simplicité du projet primitif et la concordance parfaite qui existait entre toutes ses parties, la pensée de ses auteurs n'a pas moins survécu dans l'article 1094. Ce qu'il permet de donner à l'époux, c'est toujours la quotité disponible

ordinaire, en totalité ou en partie, avec tout ou partie de l'usufruit de la réserve.

Cette pensée est textuellement écrite dans le premier alinéa qui dit que l'époux sans enfants ni descendants pourra disposer en faveur de l'autre époux *de tout ce dont il pourrait disposer en faveur d'un étranger*, et en outre *de l'usufruit de la totalité de la portion dont la loi prohibe la disposition au préjudice des héritiers*. Ici, c'est bien manifestement la quotité disponible ordinaire de l'article 915, dont la loi autorise la disposition entre époux, en y ajoutant l'usufruit de la réserve.

La disposition du deuxième alinéa est moins large ; mais elle avait été conçue dans le même esprit; elle a évidemment le même sens. C'est encore la quotité disponible ordinaire que la loi permet de donner à l'époux en totalité ou en partie, en y ajoutant un supplément d'usufruit qui, dans l'économie du projet, devait toujours porter en entier sur la réserve, et qui, aujourd'hui encore devra nécessairement y être pris en totalité ou en partie, lorsqu'il existera plus d'un enfant. Toute autre interprétation conduirait fatalement au cumul ; le Code actuel en effet, pas plus que le projet, ne contient aucun article qui le défende. Si donc la quotité disponible fixée par l'article 1094 était entièrement distincte et indépendante de celle de l'article 913, il serait impossible d'empêcher le père de famille de disposer successivement de ces deux quotités, puisque la loi ne lui a pas interdit cette double libéralité.

Il faut donc reconnaître que l'article 1094, dans le deuxième alinéa comme dans le premier, ne fait que permettre à l'époux de donner à son conjoint la propriété de la quotité disponible ordinaire, en totalité ou en partie, et d'y ajouter tout ou partie de l'usufruit de la réserve.

De là il résulte que l'époux qui fait à son conjoint une donation en propriété, ne peut la prendre que sur la quotité disponible des articles 913 et 915; mais qu'il est autorisé à prendre sur la réserve, en tout ou en partie, l'usufruit dont il dispose en sa faveur ; et c'est en cela que consiste uniquement l'avantage spécial que l'article 1094 accorde aux époux.

Si donc, ayant trois enfants ou un plus grand nombre, je donne à mon époux un quart en propriété et un quart en usufruit, je lui donne toute la quotité disponible de l'article 913, plus un

quart en usufruit à prendre sur la réserve. Il est bien évident que je ne pourrai plus faire aucune libéralité à l'un de mes enfants ou à un étranger, puisque, si je lui donnais tout ou partie de la quotitité disponible de l'article 913, je disposerais une seconde fois de ce que j'ai déjà donné à mon époux. Ainsi se trouve tout naturellement proscritce qu'on appelait le cumul des deux quotités disponibles, par la seule impossibilité de disposer deux fois du même objet.

Si j'avais d'abord donné par préciput à l'un de mes enfants la quotité disponible de l'article 913, je ne pourrais plus, par la même raison, en disposer au profit de mon époux. Mais je pourrais encore lui donner le quart en usufruit, dont l'article 1094 me permet de grever la réserve à son profit.

Si, au contraire, j'avais commencé par donner un quart en propriété à mon époux, je ne pourrais pas disposer en faveur de l'un de mes enfants du quart en usufruit que l'article 1094 permet de prendre sur la réserve, parce que cette faculté est un avantage spécial accordé uniquement dans l'intérêt de l'époux du donateur. Nul autre que lui ne peut en profiter.

Supposons enfin que j'aie seulement disposé en faveur de mon époux de l'usufruit de la moitié de mes biens ; je ne lui ai donné que l'usufruit de la quotité disponible de l'article 913, plus le quart en usufruit que l'article 1094 me permettait de prendre sur la réserve. La nue propriété de la portion disponible de l'article 913 reste donc libre ; je pourrai par conséquent en disposer au profit de l'un de mes enfants ou de toute autre personne.

On ne pourra pas assurément m'objecter qu'en donnant à mon enfant ce quart en nue propriété, je le fais profiter de l'avantage spécial accordé aux époux par l'article 1094 ; car cet avantage, ainsi qu'on l'a vu, consiste uniquement dans le droit que me concédait cet article de prendre sur la réserve un quart en usufruit pour le donner à mon conjoint. Or j'ai déjà usé de ce droit en sa faveur avant de gratifier mon enfant. La donation postérieure que j'ai faite à ce dernier, ne peut enlever à mon époux un bénéfice qui lui est irévocablement acquis, et dont il jouira exclusivement.

Prétendra-t-on que cette imputation de l'usufruit donné à l'époux, faite sur la réserve jusqu'à concurrence d'un quart, est arbitraire et qu'elle ne résulte pas des dispositions de la loi?

Nous répondrons d'abord qu'elle est conforme à l'intention des auteurs du Code Napoléon qui, ainsi que nous l'avons déjà démontré, ont bien entendu autoriser l'époux à disposer en faveur de son conjoint de tout ou partie de l'usufruit de la réserve. Cette imputation est d'ailleurs la conséquence forcée de l'article 1094. En effet, lorsque le législateur permet à l'époux qui a trois enfants de disposer au profit de son conjoint de l'usufruit de la moitié de ses biens, il l'autorise manifestement à prendre la moitié de cet usufruit sur la réserve, puisque la quotité disponible de l'article 913 n'est que d'un quart. C'est comme s'il eût dit : L'époux ayant trois enfants pourra donner à son conjoint l'usufruit de la quotité disponible, plus un quart en usufruit à prendre sur la réserve. La disposition de l'article 1094 doit nécessairement être entendue ainsi. La donation faite en vertu de cet article ne peut avoir un autre sens. Lors donc que nous avons imputé l'usufruit donné à l'époux, moitié sur la quotité disponible, moitié sur la réserve, nous n'avons fait que nous conformer à la volonté de la loi et à l'intention du donateur. D'où il faut évidemment conclure que le don d'usufruit fait à l'époux n'a pas épuisé la quotité disponible de l'article 913, puisque la nue propriété reste libre, et que le donateur a pu disposer de cette nue propriété en faveur de l'un de ses enfants.

Ce droit n'eût jamais été contesté et personne n'aurait songé à imputer sur la propriété de la portion disponible de l'article 913 l'usufruit donné à l'époux en vertu de l'article 1094, si l'on eût pris cette donation telle qu'elle était, sans changer sa nature et son objet. Mais, pour arriver à cette imputation, on a métamorphosé le don d'usufruit fait à l'époux en un don de propriété, sous le prétexte que l'usufruit de la moitié a la même valeur que la pleine propriété du quart, puis on a dit au donateur : La libéralité que vous avez faite en faveur de votre époux a épuisé la quotité disponible de l'article 913 ; vous ne pouvez donc plus faire aucune disposition au profit de votre enfant.

De quel droit se permet-on de convertir ainsi un don d'usufruit en un don de propriété ; de dénaturer la première disposition faite par l'époux, afin de rendre nulle et sans effet celle qu'il a faite postérieurement? L'article 1094 a autorisé l'époux à donner à son conjoint la propriété de la quotité disponible fixée par l'article 913, plus un quart en usufruit, ou la moitié de

tous ses biens en usufruit seulement. Il a laissé le choix au donateur. Si l'époux n'a disposé que de l'usufruit en faveur de son conjoint, c'est sans doute parce qu'il a voulu se réserver de disposer plus tard de la propriété que l'article 913 lui permet de donner à l'un de ses enfants. Lorsque ensuite il veut user de cette réserve, vous venez lui dire qu'il s'est trompé ; qu'en donnant l'usufruit de la moitié de ses biens, c'est comme s'il avait disposé d'un quart en pleine propriété, qu'en conséquence il ne peut plus faire aucune libéralité à l'un de ses enfants.

C'est précisément cette assimilation de l'usufruit à la propriété que les auteurs du Code ont voulu proscrire par le second alinéa de l'article 1094. Il existait autrefois une grande controverse sur la réduction des donations d'usufruit. Les uns soutenaient qu'elles devaient être réduites toutes les fois qu'elles excédaient le revenu de la portion disponible ; d'autres prétendaient que le donateur pouvait dépasser cette limite, lorsqu'il ne disposait pas de la nue propriété, parce que les héritiers y trouvaient l'équivalent de l'usufruit dont ils étaient privés. L'article 1094 a interdit cette substitution arbitraire de la propriété à l'usufruit. En disant que l'époux peut donner à son conjoint un quart en propriété, et un autre quart en usufruit, *ou la moitié de tous ses biens en usufruit seulement*, il a entendu expliquer que l'époux ne pourrait jamais disposer en faveur de son conjoint que de l'usufruit de la moitié de ses biens, lors même qu'il ne lui donnerait aucune portion de la propriété. Le législateur n'a donc pas voulu de ces équivalents à l'aide desquels on prétendait remplacer l'usufruit donné par la nue propriété dont le donateur n'avait pas disposé, sous le prétexte qu'elle avait pour les héritiers la même valeur. C'est cependant au moyen d'une pareille substitution, et sous le même prétexte, qu'on a prétendu démontrer que l'époux qui a donné l'usufruit de la moitié de ses biens a, en réalité, disposé d'un quart en pleine propriété, et qu'il a par conséquent absorbé la quotité disponible de l'article 913. C'est confondre deux ordres de libéralités qui diffèrent profondément par leur nature et par leurs effets. Autre chose est le don de la propriété qui fait sortir les biens de la famille ; autre chose le don de l'usufruit qui ne les grève que d'une charge temporaire. On comprend que la loi n'ait pas voulu qu'on assimilât deux dispositions si différentes

sous tous les rapports. Pourquoi donc venez-vous substituer l'une à l'autre pour déclarer nulle une libéralité qui, sans cette confusion arbitraire, serait parfaitement valable? Prenez la donation faite à l'époux telle qu'elle est; imputez sur la quotité disponible de l'article 913 tout ce qui a été puisé dans cette quotité, mais n'y imputez pas ce qui n'a pu être pris que sur la réserve, et laissez au donateur la faculté de disposer librement de ce qu'il n'a pas encore donné.

Si l'on n'eût pas imaginé de dénaturer ainsi la donation d'usufruit pour l'imputer sur la propriété de la quotité disponible, on ne serait pas tombé dans les embarras inextricables de ces évaluations d'usufruit dont nous avons déjà fait ressortir tous les inconvénients. On n'aurait pas eu non plus la singulière pensée qu'en accordant à l'enfant préciputaire la nue propriété de la quotité disponible on le ferait profiter de l'extension de disponibilité créée en faveur de l'époux, puisque cette extension ne consiste jamais qu'en un supplément d'usufruit pris sur la réserve.

De tout ce qui précède il résulte que, lorsqu'il y a trois enfants, ou un plus grand nombre, l'article 1094 se combine parfaitement avec l'article 913, sans recourir aux évaluations problématiques ou arbitraires de l'usufruit, que la loi et la morale réprouvent.

Il n'y a pas plus de difficulté dans l'hypothèse où le donateur ne laisse que deux enfants.

Dans ce cas, la quotité disponible étant fixée au tiers par l'article 913, l'époux ne peut en donner la propriété à son conjoint que jusqu'à concurrence du quart. Mais comme il peut toujours lui donner l'usufruit de la moitié de ses biens, cet usufruit dépasse celui de la quotité disponible de toute la différence du tiers à la moitié, c'est-à-dire un sixième, qui devra nécessairement être pris sur la réserve. L'époux donateur a donc le droit de grever la réserve d'usufruit jusqu'à concurrence d'un sixième au profit de l'autre époux.

Si donc, ayant deux enfants, j'ai d'abord donné à l'un d'eux le tiers de tous mes biens par préciput, la quotité disponible de l'article 913 étant épuisée, je ne pourrai plus en donner aucune portion à mon époux; mais je pourrai encore lui donner le sixième en usufruit que l'article 1094 m'autorise à prendre sur la réserve pour en gratifier mon conjoint.

Si au contraire j'ai commencé par disposer de l'usufruit de la moitié de tous mes biens en faveur de mon époux, je lui ai donné tout l'usufruit de la quotité disponible de l'article 913, plus le supplément d'un sixième dont l'article 1094 me permettait de grever la réserve. La nue propriété de la quotité disponible reste libre tout entière ; je pourrai donc en disposer au profit de l'un de mes enfants, ou de toute autre personne.

Mais, dira-t-on, vous cumulez ainsi les deux quotités, puisque les libéralités réunies s'élevant à un tiers en pleine propriété, plus un sixième en usufruit, excèdent également et le disponible de l'article 913 et celui de l'article 1094. Or, ajoute-t-on, il est de règle générale et absolue que toutes les libéralités réunies ne doivent jamais dépasser la plus forte des deux quotités.

Nous en convenons, cette prétendue règle est manifestement violée. Mais où est-elle écrite ? L'a-t-on trouvée dans la loi? On l'y chercherait en vain : c'est la jurisprudence qui l'a inventée ; Toullier l'a formulée en axiome de droit : tout le monde l'a bientôt acceptée comme étant la seule barrière qu'on pût opposer au cumul. Il faut bien le reconnaître en effet, du moment qu'on admettait qu'il y avait deux quotités disponibles distinctes et indépendantes l'une de l'autre, celle de l'article 913 et celle de l'article 1094, la loi n'ayant pas défendu de les cumuler, il était absolument nécessaire de suppléer à son silence par une règle qui prohibât ce cumul, sans quoi rien ne pouvait plus arrêter le débordement des libéralités excessives, et la réserve était annihilée. Mais si l'on eût mieux compris le véritable sens de l'article 1094, si l'on eût cherché, soit dans le rapprochement de ses deux dispositions, soit dans les travaux préparatoires du Code, la pensée des auteurs de cet article, on aurait reconnu que leur intention n'avait pas été de créer deux quotités disponibles en propriété, mais une seule qui, dans l'origine, était la même pour tous; que l'article 1094 avait alors pour unique but de permettre à l époux de donner à son conjoint, outre la quotité disponible ordinaire, l'usufruit de la réserve en tout ou en partie ; que le sens de cet article est encore le même malgré le changement introduit dans la disposition de l'article 913; que si, par suite de ce changement, l'époux qui a des enfants ne peut plus donner dans tous les cas à son conjoint toute la propriété de la portion disponible fixée par l'article 913,

ce qu'il est autorisé à lui donner en vertu de l'article 1094, c'est toujours tout ou partie de la quotité disponible ordinaire avec la faculté d'y ajouter un supplément d'usufruit à prendre sur la réserve des enfants.

Le sens de l'article 1094 ainsi bien fixé, le cumul tant redouté devient impossible par la force des choses. Car, si l'article 1094 ne fait que permettre à l'époux de donner à son conjoint tout ou partie de la quotité disponible fixée par l'article 913, en y ajoutant, dans certains cas, une portion de l'usufruit de la réserve, il est bien évident que celui qui a déjà donné cette quotité à l'un de ses enfants en vertu de l'article 913 ne pourra plus la donner à son époux en vertu de l'article 1094, et réciproquement, puisque ce serait donner deux fois la même chose. On comprend dès lors que la loi n'ait pas eu besoin de prohiber ce double emploi repoussé par le simple bon sens.

Il était donc inutile d'inventer la règle qu'on nous oppose pour empêcher un cumul rendu impossible par la force des choses. Or, comme cette règle n'est écrite dans aucune disposition de la loi, comme elle n'avait d'autre raison d'être que sa prétendue nécessité, nous sommes autorisé à la rejeter.

Cette règle arbitraire écartée, toutes les difficultés qu'elle avait engendrées tombent avec elle. Plus d'évaluations d'usufruit pour savoir quelle est la plus forte des deux quotités ; plus d'incertitude dans la détermination du disponible, qui pouvait varier à l'infini suivant cette évaluation. Le donateur pourra toujours lire clairement dans la loi l'étendue de ses droits, et il ne sera plus exposé à voir dénaturer et briser ses dispositions, lorsqu'il se sera renfermé dans les limites tracées par le Code.

Telle est la solution simple et facile qui nous paraît résulter du texte de la loi sainement entendu. Avons-nous réussi à dissiper les nuages qu'une fausse interprétation de l'article 1094 a répandus sur cette matière ? Parviendrons-nous à ébranler une opinion que le temps et l'autorité semblent avoir consacrée ? L'avenir en décidera. Si la vérité est de notre côté, elle finira par vaincre tous les préjugés et toutes les résistances. Nous serions heureux si cet écrit, signé d'un nom inconnu dans la science du droit, pouvait hâter le jour de son triomphe.

J. RÉQUIER,
Président de Chambre à la Cour impériale d'Agen.

DU

CLASSEMENT AU POINT DE VUE DOMANIAL

DES ÉDIFICES AFFECTÉS A UN SERVICE PUBLIC NATIONAL, DÉPARTEMENTAL OU COMMUNAL.

(Suite[1].)

CHAPITRE VII.

EXAMEN DES PRINCIPALES LOIS ADMINISTRATIVES QUI MENTIONNENT DES BATIMENTS AFFECTÉS A UN SERVICE PUBLIC.

101. Objet de ce chapitre.
102. Enumération de ces lois administratives.
103. § 1er. — Loi des 16 octobre 1790-30 janvier 1791.
104. Les termes de cette loi sont, en ce qui concerne les hôtels de ville, peu conciliables avec la domanialité publique.
105. § 2. — Loi du 11 frimaire an VII. Pourquoi elle figure dans cet examen?
106. C'est une loi de comptabilité, étrangère à toute distinction entre le domaine public et le domaine privé.
107. Economie de cette loi.
108. Le texte de l'article 2 ne comporte pas l'interprétation qui prétend y trouver une affectation au domaine public.
109. Véritable sens des mots *dépenses qui intéressent l'universalité des citoyens.*
110. § 3. — Décret du 23 avril 1810, relatif aux casernes et autres bâtiments militaires.
111. Exception relative aux casernes défensives.
112. Les termes et l'esprit de ce décret sont exclusifs de la domanialité publique.
113. Ils sont confirmés par le décret du 16 septembre 1811, qui règle le mode d'administration des bâtiments militaires.
114. § 4. — Décret du 9 avril 1811, portant concession des bâtiments nationaux actuellement occupés pour le service de l'administration des cours et tribunaux et de l'instruction publique.
115. Importance de ce décret.

[1] Voir *Revue historique*, livraison de novembre-décembre 1863, t. IX, p. 493; janvier-février 1864, t. X, p. 5.

116. Ses termes et son esprit sont exclusifs de la domanialité publique ; définitions données par M. Alfred Blanche et M. Serrigny.
117. Objections de M. Gaudry.
118. Réponse ; les palais de justice sont soumis à la loi commune de la domanialité.
119. Suite ; les bâtiments cédés en 1811 étaient alors dans le domaine privé de l'Etat.
120. Suite ; expressions réitérées de ce décret, en harmonie avec les décrets ci-dessus.
121. Énumération des nombreux édifices auxquels s'applique ce décret.
122. Répartition des palais de justice entre le domaine de l'Etat, le domaine départemental et le domaine communal.
123. Combinaison du décret du 9 avril 1811 avec celui du 11 décembre 1808, qui donne à l'Université les biens des anciens établissements d'instruction publique.
124. L'Etat est depuis 1850 substitué à l'Université.
125. § 5. — Loi de finances du 20 mars 1813, ordonnant la vente de certains biens communaux.
126. Caractère de cette loi, étrangère au classement des diverses dépendances du domaine communal.
127. Termes de cette loi également exclusifs de toute distinction entre le domaine public et le domaine privé de la commune.
128. Biens communaux exceptés de la vente.
129. Biens communaux compris dans la vente.
130. Résumé général de ce chapitre.

101. Ce que la loi civile a fait pour les forteresses, ce que les lois politiques ont accompli soit pour les églises, soit pour les palais, châteaux et autres bâtiments dépendants du domaine de la couronne, les lois administratives auraient pu le réaliser pour les bâtiments affectés aux plus importants services administratifs de l'Etat, du département et de la commune. Nous avons déjà dit qu'elles ne l'ont pas fait. En passant en revue les lois relatives à ces édifices, il sera facile de constater qu'aucune de ces lois ne contient le texte nécessaire pour leur imprimer le caractère de la domanialité publique et de l'inaliénabilité. Nous ferons dans ce chapitre l'examen des lois administratives qui concernent principalement les services publics départementaux et communaux.

102. Les principales lois administratives de cette sorte sont les suivantes : 1° la loi des 16 octobre 1790-30 janvier 1791 ; 2° la loi du 11 frimaire de l'an VII ; 3° le décret du 23 avril 1810 ; 4° le décret du 9 avril 1811 ; 5° la loi du 20 mars 1813. Leur étude va faire l'objet de cinq paragraphes distincts.

§ 1. — *Loi des 16 octobre 1790–30 janvier 1791.*

103. La loi des 16 octobre 1790-30 janvier 1791 porte que les édifices et bâtiments quelconques, ecclésiastiques et domaniaux, sur lesquels les villes ne justifieront pas de leur propriété, seront vendus comme biens nationaux, sauf des exceptions qu'elle prescrit ; elle ordonne aussi la vente au profit des villes de certains édifices précédemment destinés à des fonctionnaires supprimés ; elle dispose dans son article 2 que les hôtels de ville *continueront à appartenir* aux villes où ils sont situés [1].

104. Ces mots « *appartiennent* aux villes » expriment l'idée d'une véritable propriété, incompatible avec la domanialité publique, et semblable au droit de l'Etat sur son domaine privé, au droit de la commune sur ses biens patrimoniaux. Tel est certainement le sens ordinaire et juridique de ces expressions. Il est possible cependant que le législateur n'y ait pas attaché cette idée précise ; on pourrait en effet citer en sens contraire des textes où ces mots ne seraient pas employés dans ce sens rigoureusement exact. Mais cette concession ne saurait augmenter la force du système qui place ces édifices dans le domaine public, puisque le silence de la loi suffit pour écarter la domanialité publique ; et il est bien certain, non-seulement que ce texte ne contient pas une attribution des hôtels de ville au domaine public, mais que sa disposition aurait plutôt pour effet de les en exclure.

[1] Loi des 16 octobre 1790-30 janvier 1791. — ART. 1er. Les édifices qui servaient à loger les commissaires départis, les gouverneurs, les commandants et autres fonctionnaires publics, ainsi que les hôtels destinés à l'administration des ci-devant pays d'Etats, que les villes justifieront avoir construits sur leurs terrains et à leurs frais seuls, ou avoir acquis sans contribution de province, *continueront à appartenir aux villes*, qui pourront en disposer ; et, dans le cas où ils auraient été construits sur un terrain national, il sera procédé à une ventilation d'après les règles reçues ; à l'égard des autres, ils seront vendus comme biens nationaux ; et en conséquence, la nation se charge des dettes encore existantes, qui ont été contractées par les provinces pour la construction desdits édifices. — ART. 2. Les hôtels de ville *continueront à appartenir aux villes* où ils sont situés ; et lorsqu'ils seront assez considérables pour recevoir le directoire du district ou celui du département, ou tous les deux à la fois, lesdits directoires s'y établiront.

Cette loi de l'Assemblée constituante a été préparée et votée presque en même temps que la loi des 22 novembre-1er décembre 1790, à laquelle nous avons vu que l'article 538 du Code Napoléon a été textuellement emprunté. Par suite de cette coïncidence, cette loi serait, relativement aux édifices dont elle s'occupe, d'une influence décisive, s'il était possible d'y voir pour ces bâtiments une attribution au domaine public ; mais ce mot de *domaine public*, familier au législateur de l'époque, qui l'employait au même moment dans l'article 2 de la loi domaniale, loin de se trouver dans cette loi des 16 octobre-30 janvier 1791, semble au contraire être exclu de sa disposition par une formule incompatible avec l'idée qui s'attache à la domanialité publique.

§ 2. — *Loi du* 11 *frimaire an VII.*

105. Nous hésiterions à faire entrer la loi du 11 frimaire de l'an VII dans cet examen des lois administratives relatives aux divers bâtiments affectés à des services publics, si deux auteurs ne lui attribuaient une grave influence au point de vue qui nous occupe.

M. Gaudry (t. I, p. 602) s'exprime ainsi : « La loi sur la comptabilité publique du 11 frimaire an VII contient une nomenclature des dépenses qui doivent être mises à la charge de l'Etat, *comme intéressant l'universalité des citoyens*. On doit conclure de ces derniers mots que les édifices ou monuments qui s'y trouvent compris sont du domaine public. »

Cette conclusion nette et précise paraît adoptée par M. Bressolles (*loco citato*), qui classe dans le domaine public « la série des édifices consacrés aux divers services indiqués par l'article 2 de la loi du 11 frimaire an VII, soit que leur ressort comprenne l'empire tout entier, un département ou une commune. »

Il nous est impossible de reconnaître une telle portée à cette disposition. L'objet exclusif de cette loi, son économie tout entière, le caractère et les termes de l'article 2 lui-même, nous paraissent protester contre cette interprétation.

106. Cette loi n'est en effet, comme l'a très-exactement appelée M. Gaudry, qu'une loi de comptabilité ; elle porte pour rubrique « *Loi qui détermine le mode administratif des recettes et dépenses départementales, municipales et communales.* » Sans doute

il n'est pas impossible au législateur d'introduire, s'il lui plaît, dans une telle loi, une classification des dépendances du domaine public ; mais on ne doit pas s'attendre à y trouver une disposition de cette nature, complétement étrangère à l'objet essentiel de la loi. Elle est précédée au *Bulletin des lois* d'une déclaration d'urgence dont les termes viennent prêter un très-sérieux appui à l'observation qui précède. Cette déclaration est conçue de la manière suivante : « Le conseil des Cinq-Cents, considérant que rien n'est plus instant que d'organiser d'une manière claire et précise le mode administratif des recettes et dépenses départementales, municipales et communales, déclare qu'il y a urgence ; et, après avoir déclaré l'urgence, résout ce qui suit... »

107. L'économie de la loi rend également improbable la présence d'une telle disposition. Cette loi est divisée en cinq titres.

Le titre Ier est consacré à la « division en cinq classes de toutes les dépenses de la République. » Il comprend un paragraphe 1 ayant pour titre : *Recettes et dépenses générales*, et composé des articles 2 et 3 de la loi, dont argumente le système contraire, et que nous reproduisons plus loin. Après ce paragraphe 1, viennent les paragraphes 2, 3 et 4, énumérant les *recettes et dépenses municipales et communales*. Un paragraphe 5 énumère les *recettes et dépenses départementales*.

Les autres titres sont consacrés : le titre II, à la fixation et au mode d'imposition des dépenses départementales, municipales et communales ; le titre III, au mode de payement de ces dépenses ; le titre IV, à l'emploi des fonds de supplément et du fonds commun des départements ; le titre V, à l'établissement des taxes municipales dans les communes formant à elles seules un canton ; le titre VI, à la comptabilité des communes, des municipalités, des départements et des préposés à leurs recettes ; le titre VII et dernier, à certaines dispositions générales.

108. Après avoir indiqué l'objet et l'économie de la loi du 11 frimaire de l'an VII, il suffit maintenant de reproduire le texte même[1] de l'article dont on argumente, pour convaincre de

[1] Loi du 11 frimaire an VII. — ART. 2. Les dépenses générales sont celles de la dette publique, de l'indemnité des électeurs, du Corps législatif, du directoire exécutif, de ses commissaires près les administrations et les tribunaux, des ministres, de la haute cour de justice, du tribunal de cassation, de la trésorerie nationale, de la comptabilité nationale, de

cette vérité que cette disposition ne contient aucune attribution au domaine public.

Cet article 2 de la loi n'a qu'un but, distinguer les dépenses générales à la charge de l'Etat des dépenses départementales, municipales et communales que l'Etat ne supporte pas. On peut en conclure que les choses auxquelles ces dépenses s'appliquent font partie du domaine national, à l'exclusion du domaine des communes et des départements. Mais cette disposition ne fait entre le domaine public national et le domaine privé national aucun classement des choses qu'elle mentionne.

109. Le membre de phrase qui ferme l'énumération de l'article, ainsi conçu : « *et des autres dépenses qui intéressent l'universalité des citoyens de la République*, » ne peut avoir, rapproché des autres parties de la loi et du reste de l'article 2, le sens qui lui est attribué par les auteurs dont nous contestons la doctrine. Ces mots sont, dans l'esprit de la loi de l'an VII, synonymes de ceux-ci « Dépenses intéressant l'Etat tout entier et devant rester à sa charge ; » ils font uniquement antithèse aux dépenses qui intéressent particulièrement les citoyens du département ou ceux de la commune. La distinction entre le domaine public et le domaine privé de l'Etat, du département et de la commune y est complétement étrangère.

Enfin, et pour ajouter à une démonstration déjà complète, ne peut-on pas faire observer que ces expressions embrasseraient

l'institut national, des écoles spéciales et de service public, de la gendarmerie nationale, des invalides, de l'impression et de l'envoi des lois, de la guerre, de la marine et des colonies, des relations extérieures, de la police générale, des frais de justice, de la confection, entretien et réparation des grandes routes, de la navigation intérieure et de l'entretien et réparation des ports, des primes et encouragements à l'agriculture, au commerce et aux arts, de la bibliothèque nationale, du muséum, du jardin des plantes, des hôtels des monnaies, de la régie des poudres et salpêtres, des manufactures nationales, des sourds-muets, des aveugles travailleurs, des enfants abandonnés ou enfants de la patrie, des constructions, grosses réparations et frais de premier établissement des édifices consacrés à un service public, et des prisons, et des autres dépenses qui intéressent l'universalité des citoyens de la République. Il sera statué ultérieurement sur la classification des dépenses relatives aux hospices civils. — ART. 3. Les recettes générales se composent du produit des propriétés nationales de toute nature, et des diverses espèces de contributions publiques établies par le Corps législatif.

également les dépenses qu'il pourrait être nécessaire et que l'on serait autorisé à faire, pour la reconstruction d'un bâtiment non affecté à un service public, ou pour la mise en œuvre d'un bien quelconque du domaine de l'Etat. Tout ce qui se rattache au domaine privé de l'Etat, à cet élément puissant de la fortune nationale, n'intéresse-t il pas en effet l'*universalité des citoyens?* Comment donc considérer de telles expressions comme distinctives des dépendances du domaine public à l'exclusion du domaine de l'Etat proprement dit?

§ 3. — *Décret du 23 avril 1810.*

110. Les casernes et autres bâtiments militaires appartiennent les uns à l'Etat, les autres en plus grand nombre aux communes, soit comme les ayant fait construire de leurs deniers, soit surtout comme les ayant reçus de l'Etat à titre de donation, aux termes du décret du 23 avril 1810.

Les casernes, corps de garde et autres bâtiments militaires ont avec les forteresses et les murs des places de guerre un certain rapport. Comme ces dernières, elles contribuent à la défense nationale, en servant de demeure à l'armée, sans laquelle les remparts les plus solides seraient des obstacles impuissants à l'invasion de l'étranger.

L'analogie toutefois est loin d'être complète ; l'article 540, en classant les forteresses dans le domaine public, a gardé le silence en ce qui concerne les casernes et autres bâtiments militaires. L'on est d'autant plus en droit d'invoquer ici la règle *qui dicit de uno negat de altero*, que cet article résume la disposition bien plus étendue de l'article 13 de la loi des 8-10 juillet 1791, qui ne mentionnait pas davantage les casernes et autres bâtiments militaires. Le décret du 23 avril 1810, au texte [1] duquel il est utile

[1] *Décret du 23 avril 1810 portant donation aux villes, de casernes et autres bâtiments militaires, à la charge de les entretenir.* — ART. 1er. Les casernes, hôpitaux, manutentions, corps de garde et autres bâtiments militaires portés dans l'état annexé au présent décret sont donnés en toute propriété aux villes où ils sont situés. — ART. 2. La remise desdits bâtiments et établissements militaires sera faite en vertu de décrets spéciaux qui seront rendus pour chaque ville, sur le rapport de notre ministre de la guerre, et d'ici au 1er juin. — ART. 3. Au 1er juillet prochain, les villes entreront

de se reporter, vient d'ailleurs confirmer le silence de l'article 540 du Code Napoléon.

111. On pourrait toutefois admettre une exception au profit des casernes dites *casernes défensives*, que la science du génie militaire a introduites, de nos jours, dans le système de défense de quelques places fortes. Ces casernes, construites par l'Etat, et sur lesquelles les communes n'ont aucun droit, ne se trouvent que dans les places de guerre, non dans l'intérieur des places, mais auprès des fortifications et dans leurs parties les plus vulnérables, afin de remédier à leur insuffisance. Par leur mode de construction approprié aux besoins de la défense, par leur emplacement, par leur destination, ces casernes armées de créneaux et à l'épreuve de la bombe, peuvent être considérées comme faisant partie des fortifications elles-mêmes et jouissant du bénéfice de l'article 540 du Code Napoléon.

Mais, sauf cette réserve, unique et fort restreinte, les bâtiments militaires ne doivent pas être considérés comme des dépendances du domaine public.

112. Chacune des dispositions du décret de 1810, chacun de ses termes, excluent l'idée de la domanialité publique. Au fond, cette concession, affectant les apparences d'une libéralité et dans laquelle tout était profit pour l'Etat, constitue cependant une véritable aliénation, impossible pour toute dépendance du domaine public. En la forme, les termes de ce décret sont plus formels encore que ceux de la loi de 1790 relative aux hôtels de ville. Ici, les bâtiments militaires *sont donnés en toute propriété*, de sorte que les villes les possèdent propriétairement; ils entrent dans leur domaine privé, en sortant du domaine privé de l'Etat. Il est dit que les villes *entreront en possession desdits bâtiments* à telle époque; qu'elles *seront chargées de leur entretien;* toutes clauses d'une application journalière aux divers éléments de la fortune privée des personnes morales ou des particuliers. Les

en possession desdits bâtiments : elles seront chargées de leur entretien; et, à cet effet, elles devront porter, dans leur budget, une somme au moins pareille à celle qui est indiquée dans l'état pour les réparations.— ..... — ART. 5. Les villes ne pourront disposer sans notre autorisation d'aucun des bâtiments militaires. Toutes les fois qu'elles les emploieront à une autre destination que celle qui leur est affectée, elles seront chargées de pourvoir au besoin des troupes qui se trouveront dans leur enceinte.

villes peuvent même *disposer* des bâtiments militaires, sous la condition d'une autorisation réservée par le décret ; elles peuvent aussi, sous certaines conditions déterminées, les *employer à une autre destination*, ce qui, en fait, se produit très-fréquemment.

113. Enfin, il n'est pas inutile de constater que les expressions de ce décret du 23 avril 1810 et les idées sur lesquelles il repose, se trouvent confirmées par un décret du 16 septembre 1811, qui règle le mode d'administration des bâtiments militaires. On trouve sans cesse répétés dans les diverses parties de ce décret ces mots : « les bâtiments militaires qui *appartiennent* [1] aux communes ; ceux qui *appartiennent* à l'Etat. » Ces expressions sont en si parfaite harmonie avec celles du décret de concession du 23 mars 1810, elles sont si exactement en rapport avec le fond même des dispositions, que nous y voyons l'exclusion formelle du domaine public.

§ 4. — *Décret du 9 avril* 1811.

114. Le décret du 9 avril 1811, *portant concession gratuite aux départements, arrondissements et communes, de la pleine propriété des édifices et bâtiments nationaux actuellement occupés pour le service de l'administration, des cours et tribunaux, et de l'instruction publique* [2], est conçu dans le même esprit que celui

[1] Nous nous bornons à reproduire les deux premiers articles de ce décret qui en indiquent toute l'économie, et dont les expressions sont reproduites dans plusieurs des quarante-deux articles qui le composent. — Décret du 16 septembre 1811. — ART. 1er. Les bâtiments ou établissements militaires qui appartiennent aux communes sont et demeurent placés : 1° sous l'administration de notre ministre de l'intérieur, dans tout ce qui tient aux travaux et dépenses, à la conservation des immeubles et du mobilier qui en dépend, à l'exercice des droits et à l'accomplissement des obligations des communes, d'après les décrets de concession ; 2° sous l'administration de notre ministre de la guerre, dans tout ce qui tient au rapport des travaux avec le logement ou le service des troupes, au service et à la police militaires dans les bâtiments ou établissements, et à l'exécution des clauses stipulées dans les décrets de concession, à la charge ou en faveur du département de la guerre. — ART. 2. Les bâtiments ou établissements militaires des places de guerre qui appartiennent aux communes seront administrés conformément aux règles établies ci-après titre II. Ceux des villes non fortifiées qui appartiennent soit aux communes, soit à l'Etat, seront administrés conformément aux règles établies ci-après, titre III.

[2] « Sur le rapport de notre ministre des finances, relatif aux bâtiments

de 1810 relatif aux casernes, et se place dans le même ordre d'idées que ce décret et la loi de 1790. Loin d'y trouver une disposition destinée à créer la domanialité publique des édifices qu'il concerne, on n'y rencontre que des propositions antipathiques à la constitution du domaine public, à l'inaliénabilité et à l'imprescriptibilité. Ses termes, qui diffèrent légèrement de ceux des lois précédentes, sont encore plus formels et plus précis.

115. Tout le monde sait le rôle considérable qui appartient, en matière administrative, à ce célèbre décret. Appliquant à un autre ordre d'édifices ce qui avait été déjà fait en 1810 pour les bâtiments militaires, il consommait, sous prétexte de libéralité, une opération entièrement au profit de l'Etat. L'Etat, en aban-

nationaux occupés par les corps administratifs et judiciaires, duquel il résulte que l'Etat ne reçoit aucun loyer de la plus grande partie de ces bâtiments; que néanmoins notre trésor impérial a déjà avancé des sommes considérables pour leurs réparations; que l'intérêt particulier de chaque département, autant que celui de notre trésor, serait que les départements, arrondissements et communes fussent propriétaires desdits édifices, au moyen de la vente qui leur en serait faite par l'Etat, et dont le prix capital serait converti en rente remboursable par dixième; ..... Considérant que les bâtiments dont il s'agit n'ont pas cessé d'être la propriété de l'Etat; — Voulant néanmoins donner une nouvelle preuve de notre munificence impériale à nos sujets de ces départements, en leur épargnant les dépenses qu'occasionneraient tant l'acquisition desdits édifices que le remboursement des sommes avancées par notre trésor impérial pour réparations; — Notre Conseil d'Etat entendu;... — ART. 1er. Nous concédons gratuitement aux départements, arrondissements ou communes la pleine propriété des édifices et bâtiments nationaux actuellement occupés pour le service de l'administration, des cours et tribunaux et de l'instruction publique. — ART. 2. La remise de la propriété desdits bâtiments sera faite par l'administration de l'enregistrement et des domaines aux préfets, sous-préfets ou maires, chacun pour les établissements qui le concernent. — ART. 3. Cette concession est faite à la charge par lesdits départements, arrondissements ou communes, chacun en ce qui le concerne, d'acquitter à l'avenir la contribution foncière, et de supporter aussi à l'avenir les grosses et menues réparations, suivant les règles et dans les proportions établies, pour chaque local, par la loi du 11 frimaire an VII sur les dépenses départementales, municipales et communales, et par l'arrêté du 27 floréal an VIII pour le payement des dépenses judiciaires. — ART. 4. Il ne pourra à l'avenir être disposé d'aucun édifice national, en faveur d'un établissement public, qu'en vertu d'un décret impérial. »

donnant aux communes ces bâtiments, dont il ne retirait aucun loyer, se déchargeait de l'obligation de les entretenir, tout en maintenant leur affectation aux mêmes services publics, et trouvait ainsi dans la diminution de ses charges un bénéfice réel. Ce décret, tout en profitant à l'Etat, augmentait néanmoins dans une proportion assez importante le domaine communal, en même temps que les charges communales.

Ce décret a eu aussi pour principal effet de constituer le domaine départemental, et par là même de créer la personnalité civile du département qui n'existait pas encore (*voir* page 13), et que la loi du 10 mai 1838 sur les attributions des conseils généraux de département et des conseils d'arrondissement a formellement confirmée.

Ce décret, en paraissant placer sur la même ligne l'arrondissement et le département, avait fait surgir la question de savoir si l'arrondissement n'était pas également devenu en 1811 une personne morale. Mais la solution devait être négative, et le législateur de 1838 l'a consacrée d'une manière définitive.

116. Nous n'avons à envisager ce décret que sous un seul aspect, à savoir la nature du droit qu'il transporte aux départements et aux communes. C'est un *droit de propriété*, disent les arrêts du Conseil d'Etat rappelés ci-dessus (n° 42). C'est, d'après le décret lui-même, la *pleine propriété* des édifices et bâtiments nationaux actuellement occupés pour le service de l'administration, des cours et tribunaux, et de l'instruction publique, qui est concédée par l'Etat aux villes ou aux départements.

Ces édifices ne peuvent à la fois faire partie du domaine public et appartenir en *pleine propriété* à qui que ce soit, pas plus à une personne morale qu'à un simple citoyen ; la propriété privée aux mains des personnes morales ou aux mains des particuliers constitue seule une pleine propriété, lorsqu'elle n'a été l'objet d'aucun démembrement au profit d'un autre que le propriétaire. Domaine public et chose non susceptible de propriété privée sont des expressions équivalentes ; domaine public et propriété privée, ou pleine propriété, sont choses inconciliables.

M. Gaudry l'a reconnu ; il dit (t. I, p. 614) : « Le domaine public est ce qui est destiné à l'usage de tous, sans que la propriété soit à personne. La garde, la détention sont dans les

mains des corps ou des individus préposés à cet effet, ce qui ne touche en rien à la propriété. »

Bien d'autres auteurs ont exprimé la même vérité. Elle l'est de la manière suivante, dans le *Dictionnaire général d'administration* publié par M. Alfred Blanche : « Le domaine public, y est-il dit (v° DOMAINE, n° 687), embrasse généralement tous les fonds qui, sans appartenir propriétairement à personne, ont été civilement consacrés au service de la société... Cette nature de biens n'a pas, même dans les mains de l'Etat, la qualité de *propriété;* l'Etat les détient, *non comme propriétaire*, mais parce qu'il représente la collection des individus. »

M. Serrigny dit également, en parlant du domaine public de l'Etat (*Organisation et compétence administratives*, t. II, n° 740) : « La puissance publique a plutôt un droit de garde et de conservation sur les fleuves et les rivières navigables qu'un droit de propriété absolue ; tandis qu'elle a sur les choses du domaine de l'Etat un droit de propriété privatif et exclusif. »

Puisque les édifices dont il s'agit ont été, par le décret de 1811, cédés aux départements et aux communes en *pleine propriété*, ils sont entrés dans le domaine privé et non dans le domaine public de ces personnes morales; ces mots *pleine propriété* ne peuvent s'appliquer qu'à un droit de propriété privatif et exclusif.

117. M. Gaudry a parfaitement compris cette conséquence des termes du décret. Aussi essaye-t-il d'en effacer cette proposition décisive:

« Malgré les termes si généraux du décret de concession « *en pleine propriété* », dit M. Gaudry (t. I, p. 603), nous croyons que c'est là une de ces confusions qui se retrouvent dans plusieurs parties de notre législation et même dans notre Code civil, et que, dans la réalité, le décret du 9 avril 1811, en se servant de ces mots, *pleine propriété*, n'a entendu qu'une *propriété publique domaniale*, confiée aux départements, arrondissements et communes. S'il en était autrement, il faudrait dire que le décret a aliéné une partie notable du domaine public et l'a fait entrer dans la propriété transmissible. Or, un simple décret a bien pu changer le mode de détention d'une valeur domaniale ; il n'aurait pas pu lui enlever son caractère de domanialité sans le déclasser. — Si le décret eût fait de ces établissements de véritables *propriétés* communales ou départementales, elles seraient

imprescriptibles ; or, il serait impossible de soutenir qu'un palais de justice, par exemple, fût devenu prescriptible parce qu'il est situé dans une ville de province. »

Cette argumentation, dans ses diverses parties, nous paraît impuissante à faire disparaître du décret de 1811 la proposition précise qu'il contient.

118. A l'observation relative aux palais de justice, il suffit de répondre qu'il faut admettre, en ce qui les concerne, l'application du droit commun de la domanialité, s'il n'existe aucun texte qui puisse les y soustraire et qui les déclare imprescriptibles. On ne signale nul texte de cette nature ; et le décret de 1811 les place exactement sur la même ligne que les bâtiments occupés pour le service de l'administration et de l'instruction publique. (Voir également le n° 122.)

119. L'objection consistant à dire que le décret de 1811 n'a pu *aliéner une partie du domaine public* pèche également par sa base. Il faudrait, au préalable, établir qu'avant ce décret les édifices auxquels il s'applique faisaient partie du domaine public national. Cette démonstration n'a pas été faite. Aucune loi antérieure, civile ou administrative, ne leur attribuait ce caractère, et le décret de 1811 le leur dénie, sans qu'il y ait lieu de soulever une question de constitutionnalité, étrangère au point de vue en question et d'ailleurs depuis longtemps jugée.

Le décret constate que ces bâtiments n'ont pas cessé d'être la *propriété* de l'Etat ; que celui-ci *ne reçoit aucun loyer de la plus grande partie de ces bâtiments ;* que ce sont des *bâtiments nationaux ;* qu'il conviendrait d'en rendre les départements et les communes *propriétaires au moyen de la vente qui leur en serait faite par l'Etat ;* puis le décret en fait *concession gratuite.* Ainsi les termes du décret nient formellement la domanialité publique de ces édifices antérieurement à la concession. C'est dans le domaine privé de l'Etat que le décret prétend trouver, et qu'il trouve réellement, les édifices dont il dispose ainsi au profit du domaine privé des départements et des communes.

120. Enfin, il est difficile de croire à une de ces confusions dont parle M. Gaudry, lorsqu'on voit avec quelle persévérance l'auteur du décret emploie ce mot de *propriété.* Ce mot se trouve dans le préambule, dans le considérant, dans l'article 1er et dans l'article 2 du décret. L'article 1er, qui contient la dispo-

sition capitale, dit même *la pleine propriété,* expression reproduite dans la rubrique sous laquelle ce décret est inséré au *Bulletin des lois* (voir ci-dessus, n° 114).

On objecterait à tort que le Conseil d'Etat, dans les avis ou arrêts contentieux par lui rendus entre les communes et les fabriques relativement aux églises, les appelle des *propriétés communales* (avis du 3 nivôse an XIII ; du 6 pluviôse an XIII ; arrêt du 6 avril 1854), quoique nous les placions dans le domaine public de la commune. Ces expressions, qui seraient inexactes avec la règle de classement que nous avons suivie pour les églises, indiqueraient seulement que le Conseil d'Etat pencherait vers une solution contraire à celle que nous avons admise touchant la domanialité de cette classe spéciale d'édifices.

On peut objecter aussi que l'article 6, § 2, de la loi du 18 juillet 1837 dispose qu'au cas de réunion de communes, les édifices communaux situés sur son territoire deviennent *propriété* de la nouvelle commune ou de la commune à laquelle sera faite la réunion. L'argument n'est pas davantage péremptoire : ce mot est en effet isolé dans la loi de 1837 ; il est au contraire plusieurs fois reproduit dans le décret de 1811 ; il y est surtout complété et expliqué par l'épithète qui l'accompagne, *pleine propriété.* Enfin, il est inséparable des mots *toute propriété* des décrets ci-dessus analysés de 1810 et de septembre 1811.

Il faut remarquer en effet que ce décret n'est pas un acte isolé ; il doit, pour les difficultés d'interprétation de cette nature, être rapproché des décrets du 23 avril 1810 et du 16 septembre 1811, conçus dans le même esprit et dans les mêmes termes. Ceux-ci disent *toute propriété*, là où le dernier décret dit *pleine propriété ;* ces expressions sont également inconciliables avec la domanialité publique. Ainsi ces édifices, loin d'être placés dans le domaine public par les textes spéciaux qui les concernent (ce qui serait nécessaire pour opérer ce classement en leur faveur), s'en trouvent au contraire formellement exclus.

121. Ce point est d'une importance extrême, si l'on considère qu'il s'agit des édifices consacrés à la plupart des services publics à la charge des départements et des communes, sous la seule condition d'avoir été actuellement occupés, au 9 avril 1811, par lesdits services. Les préfectures, les sous-préfectures,

les mairies, les palais de justice, les bâtiments des facultés, des lycées, des colléges, etc., s'y trouvent également compris.

Le classement suivi pour tous ceux de ces édifices que le décret du 9 avril 1811 a concédés, doit, à défaut de textes contraires, s'appliquer en outre à tous les édifices de même nature que les départements et les communes ont depuis cette époque construits à leurs frais.

Tous font partie du domaine privé, et non du domaine public, départemental ou communal.

122. La concession faite aux départements et aux communes en termes si généraux, par le décret de 1811, a dû subir toutefois certaines restrictions.

L'une de ces restrictions concerne les bâtiments *occupés pour le service des cours et tribunaux*.

Un avis du Conseil d'Etat des 3-5 décembre 1838 décide que l'entretien des bâtiments des cours d'appel, étant porté au budget de l'Etat, formait une dépense d'intérêt général, et que le décret de 1811 n'avait voulu investir chaque département que de la propriété des bâtiments affectés à un service particulier et spécial de ce département, et non créer des droits de propriété indivis entre plusieurs départements. De sorte qu'il faut excepter les bâtiments des cours d'appel de ceux dont le décret du 9 avril 1811 a disposé.

Le décret concède aux départements les bâtiments consacrés au service des cours d'assises et aux tribunaux d'arrondissement ; il concède aux communes les bâtiments consacrés aux tribunaux de justice de paix et de simple police ; il laisse entre les mains de l'Etat les bâtiments consacrés au service des cours impériales.

Cette observation n'a d'intérêt que sur le point de savoir de quel domaine, national, départemental ou communal, ces édifices dépendent ? car tous participent de la même nature et appartiennent tous, ainsi que nous venons de l'établir, au domaine privé, soit de l'Etat, soit du département, soit de la commune.

123. La seconde restriction que comportent les termes du décret du 9 avril 1811, est relative aux *bâtiments occupés pour le service de l'instruction publique*. Ce sont les bâtiments des facultés, lycées, colléges et écoles. Ces bâtiments appartiennent aux communes, soit comme possédés par elles de temps immé-

morial, soit comme ayant été construits à leurs frais avant ou depuis 1811, soit comme leur ayant été cédés par l'Etat en vertu du décret de 1811.

Il faut toutefois tenir compte de la disposition d'un décret du 11 décembre 1808, *qui donne à l'Université les biens restés disponibles des anciens établissements d'instruction publique*[1]. La combinaison de ces deux décrets n'était pas sans difficulté. La Cour de cassation, par deux arrêts du 6 mai 1844 (Ministre de l'instruction publique *c.* la ville de Pau, Dev. 44, 1, 687) les conciliait, en reconnaissant la nue propriété de ces bâtiments aux communes, en vertu du décret de 1811, et la possession et jouissance à l'Université, en vertu du décret de 1808.

Mais le Conseil d'Etat (4 mai 1843, ville de Bar-le-Duc; 27 mai 1847, ville de Gray; 7 décembre 1854, ville d'Aire) a décidé : 1° que les décrets des 11 décembre 1808 et 9 avril 1811 sont des actes d'administration dont il n'appartient qu'au Conseil d'Etat d'apprécier le sens et la portée; 2° que le décret de 1811 ne peut s'appliquer aux biens déjà donnés à l'Université par le décret de 1808; 3° que les décisions de cette nature ne font pas obstacle à ce que les communes intéressées fassent valoir devant l'autorité judiciaire les moyens de droit commun dont elles pourraient exciper pour se prétendre propriétaires de pareils bâtiments.

124. Il convient d'observer que les bâtiments appartenant à l'Université en vertu du décret du 11 décembre 1808 ont fait retour à l'Etat en 1850.

En effet, si l'Université subsiste toujours, avec la grandeur de son histoire et de ses services de chaque jour, comme formant l'ensemble hiérarchique des fonctionnaires chargés de l'enseignement public et national, elle a cessé, au contraire, d'exister comme personne morale propriétaire et rentière. Le droit de

[1] Il est ainsi conçu : « ART. 1er. Tous les biens-meubles, immeubles et rentes ayant appartenu au ci-devant Prytanée français, aux universités, académies et colléges tant de l'ancien que du nouveau territoire de l'empire, qui ne sont point aliénés ou qui ne sont point définitivement affectés par un décret spécial à un autre service public, sont donnés à l'Université impériale. — ART. 2. Dans tous les chefs-lieux des anciennes universités où il existait encore des biens suffisants pour la fondation et l'entretien d'un lycée ou d'un collége, l'Université impériale entretiendra un de ces deux établissements... »

posséder et d'acquérir a été conservé à ses facultés, à ses lycées, à ses colléges, à ses diverses écoles, mais elle l'a perdu pour elle-même. La loi du 5 août 1850 [1] lui a enlevé le caractère d'établissement public qu'elle tenait de la législation du premier Empire. Aussi, dans l'affaire relative à la ville d'Aire, jugée en 1854 par le Conseil d'Etat, était-ce le ministre des finances, au nom du domaine de l'Etat, et non le ministre de l'instruction publique, qui invoquait la disposition du décret de 1808.

§ 5. — *Loi du 20 mars 1813.*

125. M. Gaudry (*Traité du domaine*, t. I, p. 608) a cru pouvoir invoquer les dispositions de la loi du 20 mars 1813, à l'appui du classement dans le domaine public des édifices affectés à un service public communal.

On sait dans quelles circonstances critiques cette loi fut rendue. Avant l'ouverture de la campagne de 1813, l'Empereur Napoléon Ier, menacé par les forces de la coalition, crut trouver le moyen de se procurer les hommes et l'argent qui lui étaient nécessaires pour soutenir ses guerres les plus terribles, en attribuant à la Caisse d'amortissement, chargée de les vendre pour le compte de l'Etat, quelques parties des biens appartenant aux communes.

Cetteloi, ipuissmante à produire toutes les ressources que l'Empereur en avait espéré dans un moment suprême, n'eut qu'une existence éphémère. Conservée cependant par la Restauration, qui voulut même en généraliser l'exécution, ainsi que le prouvent l'ordonnance royale du 6 juin 1814 et la circulaire du ministre des finances du 29 août 1814 (Sirey, t. XIV, 2, 439), elle fut abrogée par l'article 15 de la loi du 28 avril 1816.

126. On ne peut, dans une loi de circonstances comme celle

[1] « ART. 14. Les articles 131 et 137 du décret du 17 mars 1808 sont et demeurent abrogés. Les propriétés immobilières et les revenus fonciers de l'Université feront retour au domaine de l'Etat. La rente 5 pour 100 de 523,433 francs inscrite au nom de l'Université est annulée et sera rayée du grand-livre de la dette publique. — ART. 15. Ne sont point comprises dans les prescriptions de l'article précédent les propriétés immobilières ou les rentes affectées à des établissements d'instruction publique. Ces établissements continueront de pouvoir acquérir et posséder sous les conditions déterminées par les lois. »

du 20 mars 1813, trouver la base ni l'application d'un principe juridique. En dépouillant les communes d'une partie de leur domaine, cette loi leur conférait, il est vrai, une somme de rente sur l'Etat égale au produit des biens attribués à la Caisse d'amortissement. Elle n'en constituait pas moins une grave atteinte à la propriété communale.

L'autorité publique peut être amenée à supprimer des établissements publics et des établissements d'utilité publique. Dans ce cas d'une suppression régulièrement prononcée, les biens de ces établissements, à défaut d'une disposition particulière relative à leur dévolution, font retour à l'Etat à titre de biens vacants ou de successions en déshérence. Mais enlever, à un établissement qui continue d'exister et qui possède légalement, une partie de son patrimoine, même moyennant la constitution d'une rente, comme l'a fait pour les communes la loi du 20 mars 1813, c'est violer son droit de propriété.

Lorsqu'ils ne sont pas accompagnés de la suppression de l'établissement, lorsqu'ils ne sont provoqués par aucune infraction aux lois, ces actes peuvent constituer des mesures de salut public, mais il ne faut pas y rechercher le droit commun d'un pays.

Quelles que soient donc les dispositions de la loi du 20 mars 1813, elles ne peuvent exercer sur le classement normal des édifices communaux aucune espèce d'influence, par suite du caractère exorbitant de cette loi.

127. Si d'ailleurs on considère les termes [1] et l'esprit de ces dispositions, on n'y trouve nullement une distinction entre les

[1] Loi du 20 mars 1813 *concernant les finances.* — TITRE 1er. *De l'aliénation de quelques parties des biens des communes.* — Art. 1er. Les biens ruraux, maisons et usines, possédés par les communes, sont cédés à la Caisse d'amortissement, qui en percevra les revenus à partir du 1er janvier 1813. — Art. 2. Sont exceptés les bois, les biens communaux proprement dits, tels que pâtis, pâturages, tourbières et autres dont les habitants jouissent en commun, ainsi que les halles, marchés, promenades et emplacements utiles pour la salubrité ou l'agrément. Sont également exceptés les églises, les casernes, les hôtels de ville, les salles de spectacle et autres édifices que possèdent les communes et qui sont affectés à un service public... — Art. 3. Les communes recevront en inscriptions 5 pour 100 une rente proportionnée au revenu net des biens cédés, d'après la fixation qui en sera déterminée par un arrêt du conseil. . . . . .
. . . . . .

dépendances du domaine privé communal et du domaine public communal. Il n'y est pas même question des dépendances essentielles du domaine public communal, telles que les rues, les places, les chemins, avec lesquels il était impossible de battre monnaie, et que l'on ne pouvait songer à retirer aux communes. Le législateur de 1813 ne s'y occupe que des biens qui seraient de nature à être vendus, et il les divise en trois catégories.

128. Les deux premières sont exceptées de la vente; ce sont : 1° les bois, pâtis, pâturages, tourbières et autres *dont les habitants jouissent en commun*, et qui forment ce que l'on appelle les communaux proprement dits ; 2° les édifices communaux, tels que les églises, casernes, hôtels de ville, salles de spectacle, etc. On ne pouvait ordonner la vente de ces deux sortes de propriétés communales, par des motifs tirés des considérations suivantes :

1° Il n'était pas nécessaire de pousser jusque-là cette mesure rigoureuse, parce que la vente de la troisième catégorie de biens communaux eût suffi, si elle eût pu être réalisée, à donner toutes les ressources dont l'Etat avait besoin ; l'une des difficultés de cette opération financière, celle même qui la fit échouer, consistant en effet dans la difficulté que la vente devait rencontrer, il était inutile de multiplier les biens à vendre.

2° Si on eût ordonné la vente des communaux, dont les populations des campagnes, alors mécontentes de la conscription, avaient l'habitude de jouir en commun, des séditions eussent été possibles.

3° Si on eût voulu vendre les édifices communaux, il eût fallu pourvoir autrement aux services auxquels ils étaient affectés, sous peine de livrer chaque commune à une complète désorganisation.

129. Il y avait une troisième catégorie de biens communaux, susceptibles d'être vendus, et auxquels ne s'appliquaient pas les considérations qui précèdent. C'étaient les propriétés communales, non livrées à la jouissance promiscue des habitants, mais affermées par les communes, moyennant un prix de ferme destiné à entrer dans la caisse municipale. Tels sont les biens communaux dont l'article 1er de la loi de 1813 ordonnait la vente, et au revenu desquels était substituée une inscription de rente 5 pour 100.

On voit que cette classification toute particulière des biens communaux, faite uniquement au point de vue de la facilité et des avantages de leur transformation en argent destiné à subvenir aux besoins du Trésor, est complétement étrangère au classement des dépendances diverses du domaine communal en domaine public et domaine privé de la commune.

130. En résumé, la loi du 20 mars 1813, en ce qui concerne les biens communaux, la loi du 11 frimaire an VII, en ce qui concerne ceux de l'Etat, n'ont également, quoique par des motifs divers, aucun trait à la distinction du domaine public et du domaine privé. La loi du 16 octobre 1790 paraît contraire à la domanialité publique, en ce qui touche certains édifices; les décrets du 11 décembre 1808, du 23 avril 1810, du 16 septembre 1811, du 9 avril 1811, sont par leur lettre et par leur esprit entièrement exclusifs de la domanialité publique, en ce qui touche la plus grande partie des édifices consacrés aux services publics du département et de la commune.

(*La suite au prochain numéro.*)

TH. DUCROCQ,
Professeur de droit administratif à la Faculté de Poitiers.

COUTUMES DE LARROQUE-TIMBAUD.

1270.

INTRODUCTION.

Larroque-Timbaud, en roman *Larroca-Tigbaut*, ou plutôt *la Rocca-Tigbaut*[1], et en latin *Rupes Theobaldi*, est aujourd'hui un chef-lieu de canton dans le département de Lot-et-Garonne. Cette ville était autrefois le centre d'une petite seigneurie, ou châtellenie, *castelh, castellania, castrum*, dépendante de l'ancienne terre ou ancien comté d'Agenais.

Sa situation est pittoresque. Elle est assise sur un plateau élevé d'où le regard plonge sur des gorges étroites et profondes, et surmonte d'énormes blocs de rochers taillés à pic, justifiant parfaitement ce nom de *Rupes* qu'elle paraît avoir reçu dès l'origine. Ce plateau, aujourd'hui traversé par le chemin de fer de Périgueux à Agen, est percé d'un long tunnel d'environ 1,000 mètres. On voit encore dans un coin de la ville et dans la partie la plus inaccessible les restes d'une construction massive, depuis longtemps inhabitée, que les habitants appellent *le Château*.

Le pays environnant était autrefois couvert de forêts, et il s'y fait encore un assez grand commerce de bois à brûler. Les défrichements qui s'opèrent chaque jour permettent aujourd'hui d'y recueillir des céréales d'une qualité très-estimée, et des vins qui ne sont pas sans valeur. Ses foires et ses marchés, qui remontent à des époques très-reculées, ont toujours été très-fréquentés.

L'histoire de cette ville paraît avoir été la même que celle des autres localités de la même importance et placées dans des conditions analogues. Elle se compose d'un petit nombre de faits. S'il faut en croire la tradition, elle aurait été fondée par un seigneur du nom de *Thibaud* ou *Tigbaud*, et par corruption *Thimbaud*. Sa fondation doit remonter, selon la même tradition, à la fin du dixième siècle, ou, au plus tard, au commencement du onzième. Thibaud ou quelqu'un de ses successeurs dut lui accorder quelques priviléges. C'est du moins ce qui semble résul-

[1] Le mot *Rocca* ne signifiait pas seulement rocher, mais *lieu fortifié, château*, centre ou lieu de résidence féodale sur un rocher ou sur la pente d'un rocher. Voir Ducange, v^is^ ROCA, ROCCA, ROCHA.

ter de quelques vagues indications puisées dans la charte de ses coutumes. Mais ces priviléges furent notablement agrandis en 1270, et, à partir de ce moment, on la voit occuper un certain rang parmi les villes municipales de l'Agenais.

Durant les guerres anglaises du quinzième siècle, elle paraît avoir été assiégée plusieurs fois, et notamment en 1417, époque où la trahison la livra aux Anglais[1]. Elle fut, du reste, reprise presque immédiatement.

La charte des coutumes de Larroque-Timbaud porte la date du 24 avril 1270. Les dispositions en sont empruntées en grande partie au livre des coutumes de la ville d'Agen, siége du diocèse et chef-lieu du comté d'Agenais. Le texte original en était perdu depuis longtemps et il n'en existait, avant 1789, qu'un *translat*, c'est-à-dire une transcription ou traduction [car on ne sait pas au juste lequel de ces deux sens il faut attribuer à ce mot], qui devait être du quatorzième ou du quinzième siècle. Ce *translat*, dont l'existence, au commencement du dix-huitième siècle, se trouve formellement attestée, dut être détruit en 1793, comme tant d'autres documents précieux qui, à Larroque-Timbaud comme ailleurs, furent sacrifiés à l'idole de la prétendue liberté.

Toutefois, par un hasard heureux, le sacrifice n'a pas été aussi complet qu'on aurait pu le redouter. L'ancien texte a disparu, il est vrai; mais il en est resté, dans une étude de notaire, une copie officielle à laquelle sans doute on ne prit pas garde, et qui nous a été conservée.

Voici comment et dans quelles circonstances cette copie a été faite :

Vers l'année 1714 ou 1715, les habitants de Larroque-Timbaud, dont il paraît qu'on voulait aggraver la situation au sujet de quelques redevances féodales, eurent à soutenir un procès. La cause fut portée devant le parlement de Bordeaux, et la cour, pour mieux se renseigner sans doute, ordonna la production de quelques actes anciens, et notamment de la charte de 1270, ou, pour mieux dire, du *translat* de cette charte qui depuis longtemps tenait lieu d'original; mais ce *translat* écrit, suivant toute apparence, en écriture gothique, eût été pour la cour un véritable grimoire. On imagina alors d'en faire faire une transcription, en forme d'expédition, par une espèce d'expert

[1] Saint-Amans, *Hist. de Lot-et-Gar.*, t. I, p. 243. Cet historien dit avoir puisé ce fait dans Darnald, *Antiquités d'Agen*, Paris, 1608.

nommé Gratioulet et qualifié de bourgeois de Prayssas [1]. On poussa même la précaution jusqu'à demander à cet expert la traduction des divers articles qui pouvaient se rapporter au sujet de la contestation. Gratioulet se mit à l'œuvre, et, quoique sans mission officielle, fit ce qui lui était demandé. Sa copie et sa traduction furent notifiées par huissier, et, après le procès dont on ignore d'ailleurs l'issue, passèrent dans l'étude d'un notaire chargé par les habitants de diriger leur cause.

C'est en 1822 qu'un des descendants de ce notaire, M. Batut de Pradines, alors notaire lui-même, et aujourd'hui avocat et suppléant d'une justice de paix d'Agen, les a offerts à la ville de Larroque-Timbaud comme un souvenir de son passé et un précieux monument de son histoire.

Gratioulet, comme il est dit dans l'acte de notification, était *bien entendu au déchiffrement des anciennes écritures;* mais il ne connaissait le roman que par ses affinités avec le patois du pays; de plus, il était étranger à toute notion de droit. Il suit de là que, dans tous les cas où il a pu s'aider de l'idiome local, sa copie est irréprochable. Mais il n'en est pas de même des locutions propres au roman. Gratioulet les a défigurées sans pitié, tantôt coupant un mot en deux et rattachant ces deux moitiés aux mots qui précèdent ou qui suivent, et tantôt groupant en un seul jusqu'à trois mots distincts. Les locutions juridiques principalement y sont horriblement défigurées et, suivant toute apparence, je ne serais jamais parvenu à les restituer, si je n'avais eu à ma disposition quelques autres chartes de la même époque, de la même nature et écrites dans le même idiome. Je me suis surtout appuyé sur le livre des coutumes d'Agen, livre où, comme je l'ai déjà dit, le rédacteur paraît avoir abondamment puisé.

Malgré ces divers secours, je suis loin de me flatter d'avoir obtenu un texte irréprochable, surtout sous le rapport philologique; mais je ne me suis pas un seul moment préoccupé d'obtenir cette perfection. J'ai recherché avant tout un sens clair et juridique. N'oublions pas, en effet, que ces sortes de chartes étaient des documents presque judiciaires, et qu'ils sont destinés beaucoup plus à servir à l'histoire du droit qu'à l'histoire de la langue.

A. MOULLIÉ.

[1] Petite ville des environs, dont les coutumes ont été publiées dans la *Revue historique du droit français et étranger*, numéro de mars-avril 1860.

Nota. — Tous les mots entre parenthèses sont ceux que j'ai cru devoir ajouter pour faciliter l'intelligence du texte, et dont l'absence paraît être le résultat d'omissions.

Les notes indiquées par de simples chiffres sont relatives aux transformations que j'ai cru devoir faire subir à des mots mal orthographiés, ou qui du moins m'ont paru tels.

Les notes indiquées par des chiffres entre parenthèses sont relatives à des observations que j'ai cru devoir faire soit sur les mots, soit sur les usages, soit sur les concordances à l'aide de rapprochements avec d'autres documents de la même nature ou de la même époque.

Les numéros placés en tête de chaque chapitre n'appartiennent pas au texte de Gratioulet, qui ne forme qu'un seul contexte.

Enfin, j'ai cru devoir faire précéder chaque chapitre d'un sommaire qui en fait connaître l'objet, et peut en faciliter l'intelligence à ceux qui ne sont pas familiers avec l'idiome roman.

AYSSO ES LO TRANSLAT[1] DE LAS COSTUMAS DE LAROQUA-TIGBAUT.

Al[2] nom del Paire e del Filh[3] e del Sant Esperit[4] e de nostra donna Santa Maria e de totz Sants et de totas Santas;

CONCESSION DES COUTUMES. — NOMS DES SEIGNEURS. — ÉNUMÉRATION DES PAROISSES QUI DOIVENT Y ÊTRE SOUMISES.

Conoguda causa sia als présentz e als avenidors que li senhor de Larroqua-Tigbaut (1), so es assaber[5], N[6] Amelh de Larroqua, cavaler (2), lo qual avia la quarta part en la senhoria[7] del meis castel; en Galhard (3) de Larroqua, donzel, lo qual avia la quarta part en la senhoria[8] del meis castel; en Jordas de Larroqua, donzel, en Tigbaut, son fraire, li qual avia l'autra quarta part en la senhoria del[9] meis castel; Garinas de Larroqua e la donna na (4) Serena, sa sor, e N Pan de Forcasson, marit de la meissa donna, li qual avia l'autra quarta part en la senhoria del meis castel.

[1] Tralat.
[2] Au.
[3] Fil.
[4] Esprit.
[5] Asaber.
[6] Ce signe *N* remplace la particule *En* qui précède presque toujours les noms propres.
[7] Seignoria.
[8] *Id.*
[9] Des.

E els appartenements (5) e volens[1] parvenir al cominal profegh del meis castel e dels habitants e habitadors en lo meis castel e els[2] appartenements (e) en la honor (6) del meis castel, ab voluntat, e autreiament dels caslas e dels[3] proshomes[4] e de tot lo poble del meis castel, donnero e autreiero, per lor e per totz los lors présents e avenidors per tot temps, als habitants e habitadors del meis castel, e en las perroquias de las gleyzias de nostra donna Sancta Maria del Puch (7) de Larroqua, e de sen Germa (8), e de sen Pey d'Auretual (9), e en tota la terra que li[5] digh senhor del meis castel an, ny[6] auran en la perroquia de Carpillo (10), las quals perroquias son del honor e dels apartenements del predigh castel de Larroqua-Tigbaut, totas e cadaunas en aquesta carta escriutas[7] per las quals costumas sia sonnat (11) en drechura.

§ 1. — Le seigneur à son avénement doit prêter serment le premier. — Formule de ce serment. — Les habitants prêtent ensuite le serment de fidélité. — Formule de ce serment.

Prumerament accostumero (12) e establiro (13) que, quant alcus senhor del meis castel de Larroqua-Tigbaut comensara prumerament (a) renhar en la senhoria del meis castel apres la mort de son payre, o en autra manera (14), li proshomes[8] del meis castel e de la honor e dedins las dichas perroquias, de XIV ans (15) o d'aqui en sus, vengo devant lui al meis castel al dia que lor assignara, e jure aquel senhor sobre (ls) sans Evangelis devant totz que (a) totz e a cadaus los habitants e habitadors del meis castel, e en la honor, e dedins las predichas perroquias, sera bo e leyal[9] senhor, e gardara[10], e mentenra[11], e gardar fara senes enfranhement las costumas e ls establiments del meis castel, e totas las franquesas, e totas las drechuras, e

[1] Voulens.
[2] Pour *en los*.
[3] Des.
[4] Prud'hommes.
[5] Le.
[6] ey : la forme la plus ordinaire est *ni*.
[7] Escrientas.
[8] Gentilshommes.
[9] Loyal.
[10] Gardera, *Agen* porte *gardara*.
[11] Mentendra.

gardara totas las causas, en plagh e foras plagh, de tort e de forsa, de si meis e d'autruy, per totz locz, a son leyal[1] poder e a bona fe, e fara dregh al maior e al minor à totz cum bos senhor e leyal a son poder a bona fe (16);

E ades aqui meis que tugh e cadaus jure sobre (ls) sans Evangelis que ilh li seran[2] leyal e fidel en la sua partida (17) de la senhoria del meis castel, e gardaran sa vida[3] e sos membres e sas senhorias[4] e totas sas dreychuras que a e deu aver en lo predich castel de Larroqua-Tighaut, e en la honor, e dedins las predichas perroquias, salvas las predichas costumas e lors franquezas (18).

§ 2. — Limites de la juridiction.

E nonmero e autreyero en aquestas presens costumas los dexs (19) que l meis castel (a) agut ancianament sa[5] en reyre enviro lo predigh castel e en sos apartenements, li qual son aquest.

So esassaber totz lo terradors[6] enviro lo predigh castel entro al valat de la planta; e d'aqui en aval entro al casse de la causada (20) del meis castel entro a la fon de l'Albuffiera; e d'aqui a la terra de malatorsa (21); e d'aqui endregh entroy a la fon de la Nayssa (22); e d'aqui entro a la mota (23) d'Arenaudel (24); e d'aquella mota entroy a Monforto (25); e d'aqui a Calveto (26); e d'aqui a la barrerra (27); e de la barrerra entroy al predigh valat de la planta.

§ 3. — Du bailli (28). — Le mode de sa nomination. — Ses fonctions ne durent qu'un an. — Son serment. — Ses attributions comme délégué des seigneurs.

Apres aisso an acostumat que per tot tems, cada an, lo dia o dins los tres dias de Pentecosta, s'ajusto en un loc ly senhor del meis castel; e aquilh que aqui seran presentz, e apelatz (29) ab lor los cosselhs[7] del meis castel, enlegisco un baile e (l)

[1] Loyal.
[2] Sera, *Agen* porte *seran*.
[3] *Agen* porte *vita*.
[4] *Agen* porte *sa senhoria*.
[5] So en reyre.
[6] Teradors.
[7] Cos : le reste du mot est emporté par la reliure.

meto el meis castel e en la honor, lo qual sia prudhommes e leyal, e sia cominal baille del castel de Larroqua-Tigbaut e de la honor per totz los senhors en tot aquel an (30);

E que jure ades lo meis dia al(s) senhor(s) e al(s) cosselh(s) que el[1] sera bo e leyals e fiels (31) als[2] meis senhors en lor senhoria e en la predicha baillia e en lor dreychura, e gardara[3] e mentenra fielment[4] las costumas e las franquesas e ls establimens del meis castel senes tot engan, senes tot contrast[5], e senes tot enfranhement, e fara e donnara dregh al maior e al minor e a totz, e los gardara de tort e de forssa de si meis e d'autrui, segon lors costumas, e segon dregh, e segon razo a son leyal poder, a[6] bonna fe, totz los homes e las femnas, habitants e habitadors el meis castel e en la honor, per totz locz (32), e totas lors causas, tant cum tendra la dicha bailla; e que tenra bo compte (33) e leyal senes tot engan de las justicias e dels gatges e delas drechuras dels senhors als meis senhors, e tendra a cadau de lor la sua partida (34) paziblament.

§ 4. — Consuls. — Au nombre de quatre (35). — Durée des fonctions pendant un an. — Elus par les sortants (36). — Peines en cas de refus de procéder à leur élection. — Leur serment. — Serment des habitants. — Peines en cas de refus ou d'omission du serment.

Acostumero que aia cosselhs (37) el meis castel de IV proshomes, e que per tot tems (lo) lendoma (38) de Pentacosta li cosselhs, qui auran estat a l'autre an avant aquest, s'ajusto essems en un loc secret (39) que elegiscon IV proshomes leyal, e de bona fama, e que sian estancians (40) en lo meis castel o dins[7] los dexs, li qual IV proshomes sio cosselhs de Larroqua-Tigbaut tot aquel an entro a l'autra Pentecosta;

E que se no i avia[8] aquella electio del cossolat, que l coste

1 Els.
2 Al.
3 Gardera.
4 Voir ci-dessous, p. 348, note 1.
5 Contrats.
6 e.
7 Dens.
8 Soanavia *en un seul mot dans le manuscrit.*

xx S. Darnaudens don fo la tersa part al cosselh e las doas parz als senhors.

E li meis iv proshomes juro ades aqui meis als senhors e als cavalers (41) e als donzels e als proshomes del meis castel e de la honor que sio tugh vengutz aquel dia, sobre (ls) sans Evangelis, en las mas dels autres que ls auran elegitz, que gardaran las drechuras (42) dels senhors e gardaran e mentenran fielment[1] las costumas del meis castel, e faran dregh al maior e al minor dels plaghs e dels negocis que seran devant lor, no gardat amic ni enemic, e que tendran leyalment lor offici del cossolat a bona fe.

E ades aqui meis, o dins viii dias, que tugh li habitants en lo dich castel e en la honor vengo devant lo cosselh e jure lor que ls ajudaran e gardaran segon[2] las presentz costumas e lor seran[3] obedient(s) cum a bos cosselhs et fiels e bos gobernadors en lo profegh cominal del digh castel;

E qui aissi no o juraria quada an (al) lendomas de Pentacosta o dins viii dias, que l coste i sol (43) de gatges don fo la mitat als senhors e la mitat als cosselhs.

§ 5. — Le bailli et les consuls sortants doivent rendre leurs comptes (44) à la fin de chaque année aux sortants. — Délais de ce compte. — Mesures de contrainte.— Restitution des avances ou versement du reliquat. — Nul ne peut être consul ni bailli deux ans de suite.

E qui seria estat bailles e de cosselh que no o puscan estre (l')an apres entro aia passat entremech un an; e al cap de l'an (aquel) que (i) aura (n) estad[4] rendo compte de tot quant aura (n) pres o despendut per causa del cossolat als autres cosselhs que auran eslegit quand lor o mandaran dins viii dias, e que los ne pusca destrenher o penhorar, aissi cum obs sera, si no volia rendre compte; e si plus avian[5] despendut que pres[6], que l castel e la

[1] Fialment : j'ai voulu faire concorder l'orthographe avec celle du paragraphe précédent.

[2] Tenor : mot qui n'a pas de sens.

[3] Seria : le serment au seigneur porte *seran*. J'ai cru devoir employer la même forme, d'ailleurs plus correcte.

[4] Erta.

[5] Auran.

[6] Appres.

vila o (la) honor lor o enmandes; e si plus avian[1] pres que despendut, que lo rendo als autres cosselhs.

§ 6. — Les deniers levés (45) sur la communauté doivent être employés à son profit.

E tot quant los cosselhs auran e levaran[2] per razo e per causa del cossolat devo metre e retornar del tot al cominal profegh del meis castel, aqui e en la honor.

§ 7. — Attributions du bailli. — Il a la plénitude de la juridiction. — Ses fonctions peuvent, en cas de besoin, être prorogées au delà d'un an.

E que l bailes del meis castel de Larroqua-Tigbaut aia coherejo (46) replenera, (e) jurisdictio replenera de jutjar, e d'auzir, e de finir, e de menar a executio totas las causas e ls faghs e ls plaghs don seran fachas clamor(s) (47) a lui.

Empero si li senhor e ls cosselhs essems connoissio que fos[3] causa profechabla per causa appareyssent de profeghs de necessitat que poguesse plus estar[4] otra un an en la dicha baylia (que i reste tot tems que jutjaran)[5] que fos fazedor tot proshome leyal.

§ 8. — Compétence du bailli (48). — Toutes les contestations survenues entre les habitants, quelle que soit leur qualité, doivent être portées devant lui, hors les cas de compétence ecclésiastique et les actions réelles pour fief roturier.

E totz senhor, e cavaler, e donzel, e totz home, e tota femna del meis castel e de la honor que[6] (s)'en clame, quant se[7] volra clamar, de senhor, o de cavaler, o d'home[8], o de femna del

[1] Avio.
[2] Leveran.
[3] Fus.
[4] Far.
[5] J'ai dû ajouter ces mots comme complément indispensable de la phrase.
[6] Que n clame.
[7] Ce.
[8] Ome.

meis castel e de la honor[1] al baile del meis castel e no a autre senhor, ni a autre baile, si no o fazia[2] per colpa (49) o essonia[3] del senhor o [4] del baile del meis castel; e si o fazia que l gittes (50) (hom) d'aquel clam, e l rendes las mecios (51) que n faria[5], e que (li) coste xx sols de gatges don fosso las doas parts al senhor e la tersa part al cosselh.

E empero salvat e retengut que dels plaghs dels matrimonis (52) e d'aquel que so purament del (53) for[6] de sancta Glezia que sia faghs aco que n deu estre faghs per dregh escriut (54); mas totas las autras clamors que volia (n)[7] far li senhor, e li proshomes del digh castel e de la honor la us de l'autre que u sia faghs al baile del digh castel de totas actios personals;

E exceptat del plagh del feus (55), se clamor n'era facha als senhors del feus, si la actios d'aquels que s clamara es puramente reals.

§ 9. — De la caution judiciaire (56). — Celui qui réclame doit fournir caution. — Il en est de même de son adversaire. — Cas où l'on est dispensé. — Serment qui y supplée.

E (que) aquel que s clamara ferma lo clam prumer a qui (57) se clamara; e aquel a cui se clamara hom, a qui que sia fagh aquel clam, ferme aquel senhor, si pot, per fermansas; e, si no pot, jure (58) sobre (ls) sans Evangelis que seguira aquel plagh e fara dregh que n denra devant lui, e que sas causas ni son cors no gandira (59), e que no pot donar fermansas per aquel plagh, e que donnara que n poiria[8]; et puis aia sos dias (60) costumals cum si avia fermat aquel de cui sera hom clamat o rancurat.

§ 10. — Caution judiciaire en matière criminelle. — Peut être fournie en cas de vol, d'incendie et crime autre que l'homicide (61). — Suppléée par le serment. — Ce serment doit être accompagné de la représentation et du séquestre des biens. — Surveillance de la personne.

Del laironessi (62), o de foc (63), o d'autre crim[9], salb homi-

[1] Entre *honor* et *al* on trouve o qui paraît inutile.
[2] Fara.
[3] Sonan.
[4] e.
[5] Fairia.
[6] Fort.
[7] Voilia.
[8] Pouiria.
[9] Il y avait ici *o* qui est inutile.

cidi, deu (hom) fermar[1], se pot fermansas donar, e que hom las i prengua ; e, si donnar no pot, jure que no pot fermar e que no s'en gandira, e fara dregh, e mostre[2] (64) sas causas al baile e als cosselhs del meis castel; e ilh devo las gardar e bandir (65) en aquel cas, e devo gardar son cors ses[3] destressa (66).

§ 11. — Caution judiciaire. — Doit être imposée dans deux cas : 1° quand on sort des dépendances de la ville avant le jugement; 2° s'il y a eu homicide. — A défaut de caution, arrestation préventive.

E si pero eys[4] del sacrament (67) del digh castel entro (que) jutjament ne sia fagh, e si es proat que (aquel que) aia fagh homicidi ejz[5] del sacrament del meis castel, den hom (las) fermansas prendre, si las pot donar; e si no pot donnar, lo baile den gardar son cors tro que sia jutjat.

§ 12.— De l'homicide.— Le coupable doit être enseveli (68) vivant sous le cadavre de sa victime. — Confiscation de tous ses biens meubles et immeubles. — Le meurtre peut être excusé dans les cas prévus par le droit écrit. — Le montant de la dot de la femme et des dettes doit être prélevé avant la confiscation.

E si es proat que (hom) aia fagh homicidi contra forma (69) de dregh sia[6] justitiat aissi cum totz vios sia mes dejos lo mort e sebelit sos terra, e que totas las suas causas sio encorregudas als senhors del meis castel per meissa manera del moble e de las heretagh d'aquela persona que sia jutjada à mort, so es assaber, que tugh sos be (s) sia encorregut alsmeis senhors de Larroqua-Tigbaut.

Empero (de) hom que[7] ausire autre en alcun cas que li dregh

[1] Ferma.

[2] Mostra.

[3] Sel.

[4] La copie porte simplement cette forme ɛ. Il m'a paru que le sens de la phrase exigeait le mot *eys* de *yssir*, sortir.

[5] Ce mot, inintelligible, est très-lisible dans le texte. Tout indique qu'il tient la place d'un mot écrit en abréviation dont le sens a dû être *dans l'intérieur*. Ne connaissant aucun mot qui puisse le remplacer avec des chances suffisantes de probabilité, j'ai cru devoir le reproduire en y ajoutant cette observation.

[6] Siat.

[7] Ques.

escrieut (70) ne defendo homme de pena, que per aquestas costumas no poguesso estre tenut[1], si per dregh escrieut s'en podia defendre.

E avans que li digh senhor aia lors dighs encorrements e de l'aver d'aquel justitiat mobles e no mobles cominalmens, sian pagadas las molhers de lors dots e de lors avers per que lor ero obligadas (71) las lors causas, e lor autre deute que sia pagat per meissa manera a conoguda (72) del baile e dels cosselhs.

§ 13. — Arrestation préventive. — Flagrant délit. — En aucun cas nul ne peut être arrêté s'il n'a pris la fuite au moment où il vient de commettre un délit (73).

E per autra ocasio ni en neguna manera negus senhor, ni baile, ni cavalers, ni autre hom no pusca prendre ni restar home ni femna del sacrament del digh castel, si no o fazia que s'en fugis quant aura ferit de cotel, o facha malafacha (74).

§ 14. — Responsabilité. — On peut abandonner (75) sa femme et les gens de sa maison poursuivis criminellement sans être tenu de faire droit pour eux, à la condition de faire cet abandon avant d'avoir fourni caution en leur faveur, et à la charge de ne plus les recevoir chez soi. — Dans le cas contraire, on est responsable.

E qui volra pusca desemparar sa molher o sa mainada que no fasco dregh per lor, si no s vol, quan(t) seran ocasionats de crim o d'autra (malafacha)[2], empero avant que aia fermat per lors; e quant desemparat los aura, no ls recipia en son poder, car, si o fasia, fos tengut de far dreghs per lors.

§ 15. — Effets de la confiscation en ce qui concerne le fief roturier. — Le fief tenu d'un seigneur direct autre que les seigneurs dominants de la ville ne peut rester entre les mains de ces derniers au delà d'un an; au bout de ce terme, il doit être livré à un feudataire tenu de remplir tous les devoirs attachés à la possession de ce fief. — Si la seigneurie directe appartient à tous les seigneurs collectivement, ils peuvent garder la terre d'un commun accord. — Si elle appartient à l'un d'eux, celui-ci pourra la garder en désintéressant les autres.— Valeur prise au moment de la confiscation (76).

Et quant alcunas heretagh seran encorsas als senhors del

[1] Den tenir, qui n'a pas de sens.

[2] Ce mot a été omis, mais il est naturellement indiqué.

meis castel per los crims[1], que lo senhor no pusco retenir aquellas heretagh, si ero tengudas d'autrui, mas quant I an; e dins aquel an e al cap de l'an que o aia vendut, o donnat, o cambiat, o aia liurat feusalament (a alcus que n fassa sos devers[2]) a aquel del del qual la[3] heretagh era tenguda a feus el tems que fo encorreguda;

Empero si aquela heretagh era tenguda a feus dels predigh(s) senhor(s); que la poguesse retenir (77), si tugh li senhor s'i acordaben;

E si era tenguda d'alcus dels meis senhors aquela heretagh, que per meissa manera la pogues aquel senhor retenir (78), ab[4] que n rendes als autres aitant quant valdrio las lors partidas, e qu'en fos[5] venduda dins lo predigh an, e n fos rendus feusater[6] aquel senhor del castel del qual aquela heretagh era tenguda à feus el tems del digh encorrement.

§ 16. — De la procédure écrite (79). — Toute demande pour une valeur de xx sous et au-dessus, doit être remise par écrit à la Cour aux frais du demandeur, et communiquée sans frais au défendeur. — Au-dessous de xx sous, l'écriture est facultative pour le demandeur. — Le bailli doit avoir un livre pour y inscrire les errements du procès.

E (en) tot (li) plagh que sia en lo digh castel de la valensa de xx sols, o d'aqui en sus, done li demandaire a son cost la demanda (80) escriuta a la cort, e la cort que la renda quitta a l'autra partida; e no n sia renduda demanda de xx sols en jos si lo demandaire no o volia (81); mas que totas las[7] actas (82) sia escriutas[8] al livres (83) de la cort.

§ 17. — Compétence *ratione loci*. — Toutes les contestations nées dans le lieu doivent être plaidées et terminées sur le lieu (84).

E que tugh li plagh del digh castel e de la honnor, de qualqua

[1] Crimps.
[2] J'emprunte ce passage omis au texte des coutumes d'Agen qui renferme la même disposition.
Las.
[4] E.
[5] Fo.
[6] Le mot *a* est omis. Il me semble nécessaire.
[7] Lioras.
[8] Escrientas.

causa (per que) sia aquel plagh, sian tugh plageat[1] e determinat el meis castel.

§ 18. — Des délais. — Tout défendeur doit avoir deux délais, un de conseil et l'autre de réponse. — Chaque délai est de huit jours à partir de la prestation de caution.— On peut, par une demande reconventionnelle, éviter d'engager un nouveau procès, à la condition de réserves faites expressément en fournissant caution (85).

En tot plagh[2] (qual)que sia, aia dia de cosselh (86) e de resposta (87), tot essems un dia per VIII dias, aquel de qui sera hom clamat quant aura fermada (88) la clamor, e si (aquel de qui hom se clama), dits (89) ades, quant el fermara, que el fara[3] dregh al clamant[4], (mas que retenia que el li fassa) dregh (per demanda que el li fassa) pusc[5] que fos[6] son demandaire, ses autra clamor, (o pot retenir) e no (en) autra manera, si no o retenia quant fermara; empero d'aquel que n sera clamans[7] angue[8] los seus clams prumers e l'autre angue[9] aqui[10] meis en[11] manera de reconventio.

§ 19. — De la terre-garde. — Le jour où le défendeur obtient le délai pour réponse, et même après, il peut obtenir huit autres jours pour la terre-garde (90) et pour la reire-garde (91).

E aquel dia que n sera donat per VIII dias, tant cum deura, de resposta a la demanda, e apres, si es plagh d'heretagh, aio dia lo defendeire, si s vol, de terra-garda e de reire-garda (92) totz en una vetz per VIII dias.

1 Plagyat.
2 Pla.
3 Fera.
4 Clamat.
5 Pusco.
6 Fu.
7 Clamas.
8 Auc.
9 Mas.
10 Aque.
11 E.

§ 20. — Des demandes en garantie. — Le défendeur peut avoir un délai de huit jours afin d'appeler garant en cause, et ce délai peut se renouveler jusques à trois fois, moyennant serment que cette demande ne cache aucune fraude. — Le garant doit donner caution, s'il veut intervenir. — Si le défendeur n'a pas de garant, il doit être passé outre. — Le garant qui intervient peut appeler lui-même de nouveaux garants, et ainsi jusques à trois. — Si le garant est domicilié hors de la terre, le demandeur doit faire connaître son nom, et il lui est accordé un délai suffisant pour le faire venir. — Cas où la garantie est inadmissible. — Le garant doit prendre la cause dans l'état où il la trouve.

E lendomagh d'aquela terra-garda que sio los parts devant aquel senhor per dregh far, e que adonc responda[1] lo deffendeire tant cum deura ; mas[2] pot aver aquel meis dia per garent (93) per VIII dias, si es tals plaghs ou deyia estre garent recebut ; e si no pot son garent aver al cap d'aquels VIII dias, que jure sobre sans Evangelis que no l pot aver aguts, e que no i a fagh fraus ni bauzia ni alcuna[3] perfugio[4] al plaghs (94), mas car es sos dreghs ; e puis que n aia autres VIII dias per aver son garent ; e si adonc aver no pot, que n aia autres VIII dias, si s vol, per aver son garent ab que fasso lo meis sacrament.

E si adonc (ve) son garent, que aquel garent ferme la garantia al senhor que aura aquel plagh devant el, car garent no y fogh receut si no i fermava la garantia donc traira per garents (95).

E si adonc aguts aquetz tres (dias), cada[5] I per VIII dias, no pot hom aver son garent, que plus no aia dias per garent, mas que n defende per si meis, e fassa[6] dregh de so que l sera demandat (96).

E si alcus hom que sia traghs per garent, quant aura fermada la garentia, vol aver son garent d'aquella causa dont s'es presentat per garent, aia (III) dias, se s vol, per VIII dias (cada I), si s vol, per aver son garent (97).

[1] Respounda.

[2] Ens. Ce mot, qui signifie *au contraire*, en vieux français *ains*, n'a pas d'application possible ici. Il doit y avoir eu mauvaise lecture.

[3] Andich.

[4] Perffugir.

[5] Lade.

[6] Fasa.

E quant aquel garent aura fermada la garantia, aia dias, si s vol, per respondre a la demanda que fo facha ad aquel de cui fo facha la clamor d'aquela causa dont s'es tragh per garent (98);

E plus garent, mas[1] entroi a tres garent, no pusco (i) aver en un plagh (99), empero que l digh (garent), quant volra aver dias per son garent, jure sobre sans Evangelis que no o fagh, ni o digh per mala fe ni per gandir al plagh, mas car cre que aquel que mentaure si deu estre garent.

E si aquel que es nonmat per garent es fora del digh castel de Larroqua-Tigbaut e de la honnor, deu l'hom donnar tant long dia que el o sos messatges pusca estre anat e tornat entro al meis castel d'aqui on sera digh que esta, ab que jure sobre sans Evangelis que aissi es vertat, e no o fa per gandir al plagh, ni per alcun alongament (100).

En autra manera, ni autra raso, ni per autra ocasio no pusca estre lo plagh alongat per garens, ni per raso de garens, si no o faia que la cort conogues[2] que fos[3] fazedor per causa manifestament necessaria (101).

Empero no deu aver garent nulh home que autres li diga que el soscors (102) l aital causa, o tollit[4], o l'en a descabsibzit (103), o l'en a forsat (104), o li a fagh aital forfagh[5] o aital crim, o aital causa o aital malanoxa[6]; mas que disia que el avia aital causa que foro suas e (no) foro toltas o panadas, que adonx aia lo garens (105).

En autras causas ou hom deu aver garent per dregh (106) e per costuma, e garens s'i atragh e manteghs avant resposta e contensios del plagh, el garens prenga lo plaghs en aquel estamen en que era ab aquel que prumer vols garens al dia que prumeramen nomet lo garent (107).

[1] Mais.
[2] Quonagues.
[3] Faus.
[4] Toullé.
[5] La fagh.
[6] Sanoge.

§ 21. — Des délais en matières personnelles, réelles ou injures, coups et blessures, et crimes. — La durée de ces délais n'est que trois jours (108). — Ils peuvent être prorogés par le juge.

E de tot plagtz de demandament tagh dias mech an, e de torbatio, d'ereteta, o de batamen, o de mal digh, o de plaga, o de causa criminal, o de tota cauzas sia assignat tagh II dia de III autres dias ; mas empero que pogues plus alongar per volontat de la cort, si la cort conoissia que fos fezador.

§ 22. — Des avocats. — La partie qui n'a pas d'avocat peut en obtenir un d'office à condition de le payer. — L'avocat désigné doit accepter la défense sous peine d'amende; et en pendant un an il ne pourra plaider. — S'il n'y a pas d'avocat dans la juridiction, la partie a VIII jours pour s'en procurer ailleurs (109).

E qui no podia aver[1] razonador, que la cort l'en do ab sos diners, si n'a al digh castel que sia bos, e si no i avia[2], que aia dia per VIII dias per aver razonador, e qui sonaria (110), que no lo razonnaire quant lo baile lo mandera, que l coste X sols de gatges, don fos la mitat al senhor e l'autra mitat al cossolh, e que no sia plus razonnaire en aquela cort entro a un an passat.

§ 23. — Du serment de calomnie. — Après la demande et la réponse, chaque partie doit jurer à son tour qu'elle croit avoir bon droit, qu'elle n'emploiera que des preuves loyales, qu'elle n'a rien donné ni promis au juge, et qu'elle n'en attend aucune faveur (111).

E quant sera facha resposta e contestatios fachas sobre lo principal del plagh, lo demandaire e lo deffendaire jure en aquesta manera de calomnia (112).

Que l demandaire jure sobre sans Evangelis que el crey aver leyal demanda en aquest plagh, e vertat[3] y dira, e mensonja ni y metra, e fals testimonis ni falsa proansa no y traira, e que (re) no (a) donat[4], ni promes, ni o fara a la cort per que leyal[5]

[1] Ab.
[2] Mota a aja.
[3] Canta.
[4] Donnet.
[5] Per quel sia leyal jutjament no s fassa : *inintelligible.*

jutjamens no s fassa ni per que l fass gratia ni amor, mas per dregh, e per costuma, e per raso (113).

Li defendeire (114) jurara que crey aver leyal deffensio en aquel plagh, e vertat y respondra, e fals testimonis, ni falsa carta ni falsa proansa (no y tradra) (115) e que re no a donnat (116), ni promes, ni o fara a la cort per que leyal [1] jutjament no s fasc, ni per que l fasso gratia ni amor, mas per dregh, e per costuma, e per raso.

§ 24. — Des témoins. — Des délais pour les produire. — Ils doivent jurer de dire la vérité et attester qu'ils n'ont rien reçu des parties. — Leur témoignage doit être recueilli par écrit. — Ceux qui refusent leur témoignage peuvent être contraints à le donner, par saisie et autres moyens.

Et qui traira (117) testimonis aia ne III dias, quada un per VIII dias, sobre lo principal del plagh, si tant ne vol (118), e tugh li testimoni juro en presentia de las partz (que), en aquesta causa on es tragh e amenats testimonis, vertat dira e mesonja *no i metra a son essien* [2], e que no es logat ni o sera per portar aquel testimoni, ni per amor ni per desamor que porte a la una partida ni a l'autra no dira mas [3] la pura vertat leialmens (119).

E apres que la cort los auia [4] en secret e fassa escriore lo dits de lor (120).

Empero si li testimonis ero long, que la cort o pogues plus alongar aissi cum connoissera que fos fazedor (121).

E si hom del poder del senhor del castel (pre)digh no volia portar (122) testimoni, que se laises (123) per paor, o per amor, o per als, devant cui que fos aquel plagh en lo meis castel (124), lo baile e ls cosselhs lo destrenho e l penhoro, si ops es, per portar en aquel plagh *portant* [5] *testimoni de volantat* [6] (125).

§ 25. — Des témoins. — Publicité donnée à leurs dépositions. — Delais pour les combattre (*contraire enquête*).

Quant tugh li testimoni auran parlat, sio publiquat en la pre-

[1] Loyal.
[2] Ni son esfestien.
[3] Mais.
[4] Pour *audia*, entende.
[5] Sic.
[6] Sic.

sentia de las partz e renduts lo dits de lors a las partz en escrieut (126) ;

E que voldra dire de contra[1] (127) ades[2] o diga[3], e que, si s vol, n'aia dias per VIII dias, e aco fagh que s'enseguio per abant[4] lo plagh aissi cum devra entro[5] al jutjament defenitif[6].

§ 26. — De l'appel (128). — On peut appeler de toute sentence au seigneur du château (129). — Le délai de cet appel est de six jours. — L'appelé doit être cité dans le douze jours suivants. — Jugement à nouveau. — Renvoi au juge du fond en cas d'interlocutoire confirmé. — Amende contre l'appelant débouté de son appel. — Frais et taxe.

E qui (se) tendra per mal jutjat del jutjament del baile, o del cosselh (130), o del senhor del feus que pusca appellar al senhor del digh castel de Larroca-Tigbaud.

Empero que appelle ades o dins VI (131) dias que aquela sententia o interlocutoria sera donnada, e que no pusca apellar d'aquels VI dias en lo ;

E puis que aia comensat à segre son appel e aia feit citar[7] son adversari dins XII dias appres aquel appel, el meis senhor o[8] la maior partida determino degudamen lo plagh d'aquel appel ; e si be fo jutjat que donne lo plagh devant aquel que donnet aquela interlocutoria (132), o[9] coferme la sententia definitiva ; e si mal fo jutjat que ilh anio[10] e determino aquel plagh ;

E qui sera vencut[11] d'aquel appel que l aura faghs donne V sols de justisia (a) aquel qui lo jutjament aura donnat o la interlocutoria dont fo appelat (133), e renda las messios a l'autra partida taxadas (134) per la cort et juradas per la part ;

E la partida contra qui fo appelatz no donnara (135) gatges,

1 *Encontra* serait une meilleure version.
2 Odes.
3 Audiga.
4 Obant.
5 A l'autre.
6 Defenisio.
7 Sitear.
8 E.
E.
10 Pour audio. Voir § 24, note 4. La copie porte *abio*.
11 Bengut.

ni devra messios per lo plagh d'aquel appel, mas per lo plagh del principal ne devra donnar, si es vencut del principal.

§ 27. — Des dépens. — La partie vaincue est condamnée aux dépens. — Etat des frais affirmés par serment. — Taxe (136).

E l vencut en tot plagh renda sas messios a l'autra partida juradas[1] per la part, prumeramen taxadas per la cort.

§ 28. — Registres ou répertoires. — Les actes du procès et les jugements doivent être recueillis par écrit. — Foi qui leur est due. — Ecritures tenues par un notaire ou homme loyal et assermenté. — Délivrance et mode des expéditions. — Tenue des répertoires. — Taxe des écritures. — Dépôt des répertoires aux mains des consuls.

E totas las cartas d(el)s jutjamens (137) que seran (faghs) en lo digh castel devant lo baile e devant los cosselhs sia tot escriut per la ma de notari (138) public, si n'i a, o per la ma de un home leial e jurat; e aquelas cartas que sia crezudas[2] cum si ero cartas publicas de notaria; e en las rendre[3] a las partidas que sio sagelladas (139), o que aquel que las escrios, si es notari, i pauze son seinhal (140).

E totas oras que retengua ne[4] son paper lo bailes e ls cosselhs (de) totas las actas, lo qual paper tengo on sio escriut tugh li plagh e no autras causas; e que hom y translate tot los libels; e quant sera ples e ly plagh qui y seran escriotz passat que sio rendut al(s) cosselhs per gardar, aissi cum las notas (141) de las cartas.

1° E que l'escrivas aia per l'escriure III sols de quada dia de quada una de las parts per las actas (142).

2° E II diners per l'escriure quada un testimoni (143).

3° E IV diners per translata(r) lo libel el paper de la cort (144).

E II sols per escriure la sententia deffinitiva, si es la demanda de la valer de XX sols o de plus, e si es XX[5] sols en jos, que n'aia XII dines per escriure la sententia (145).

[1] Jutjadas.

[2] Crudas.

[3] Rendra.

[4] En: ce mot, quoique ayant le même sens que *ne*, ne pourrait être conservé qu'autant qu'il précéderait le mot *retengua*.

[5] Deux.

E que tot aquest escriut reda per aquest meis pret a cada una de las parts, si volo, las actas.

§ 29. — Amende du plaideur débouté, v sous. — Pour chaque défaut non justifié, *id.* — Admission des procureurs et chargés d'excuses.

E tot senhor a cui sia fagh lo clam aia v sols de justizia (146) per aquel plagh del vencut (147), e v sols per quada dia que defalhira[1] a dia assignat, si descusar no s podia d'aquela failha (148); e procuraire e escusaire sia receput en lo plagh, aissi cum dregh (149) o vol.

§ 30. — Faux témoignage. — Le faux témoin doit avoir la langue percée et courir la ville dans cet état. — Proclamation publique de la peine. — Amende contre le faux témoin. — Incapacités civiles résultant de sa condamnation.

E qui portara falgh testimoni en plagh corre (150) al castel ab une broqua (151) de fer en la lengua e que la crida[2] diga devant lui : qui aital fara aital penedera[3] (152);

E que l (paga) LXX sols (de) justitia que l sio al senhor (153); e que may no sia crezut[4] per testimoni (154), ni de sacrament que fassa; e que sia infami per tot temps quant jutjat sia o[5] probat que aia portat testimonis (fals) (155).

§ 31. — De la preuve judiciaire. — Le témoignage du seigneur ne peut servir pour lui contre un habitant. — Exception au cas où le débat porte sur l'existence ou l'étendue du bail à rente féodale. — Preuve par les actes du procès, les chartes de notaire et les lettres revêtues du sceau (156).

E negus senhor ni dona del meis castel no posca res proar contra home qui esto dins lo dich castel, si no o fazia de negament (157), o abracament (158) de son feus o de sas oblias (159).

[1] Si. J'ai supprimé ce mot comme inutile et nuisant à la clarté de la phrase.

[2] Tarida.

[3] Penra. Je n'ai pas cru devoir conserver cette forme *penra*, pour *penedera*, sera puni, parce qu'on aurait pu le prendre pour le futur du verbe *prendre* ou *prener*.

[4] Crut.

[5] Dans le texte ce mot est placé mal à propos avant *sia*.

E[1] (que) ab aquels de sa cort vestida (160) pusca proar causa que fos estada facha o dicha (161) en sa cort, o ab actas cominals (162) de sa cort, o ab cartas de notari, o ab letras sagelladas de sagel authentic.

§ 32. — Suite. — Le seigneur censier ne peut faire foi contre son censitaire pour le procès suivi devant lui. — Les modes de preuve sont pour lui les mêmes que pour le seigneur principal.

E (que) per meissa manera (negus) senhor de feus no posca res proar contra son feuzater del plagh que aura ab lui de son feus, mas en aquela manera que dessus es digh que podo proar li[2] predigh senhor de Larroqua-Tigbaut.

§ 33. — De la garantie. — Le vendeur, l'échangiste et le bailleur à rente féodale sont tenus à la garantie.— Tous leurs biens y sont obligés. — Cette garantie est de droit (163).

E tota persona[3] que venda terras o heretat (164), o las cambi, o las donne a feus, que n porte garentia, elh o sos hereters, a aquela persona, ó (a) son ordenh (165) que de lui o recebre, de totz homes e de totas femnas que re li demandesso en alcu temps; e que tugh sos[4] be(s) per totz locs l'en sia obligatz per portar aquela garentia bonna e ferma d'aquela heretat (166);

E que li senhor e l baile e ls cosselhs l'en destrenho[5] aissi ferm e melh (167) (que) per dente, o per covent, o per als.

§ 34. — Garantie due au tenancier par le seigneur censier. — Le tenancier peut aliéner librement son fief roturier ou terre donnée à bail à rente féodale.— Prohibition de vendre à tout seigneur, église ou maison religieuse.— Confiscation de la terre aliénée contrairement à cette règle.

E qui tendra feus (168) segon las costumas del digh castel, (que) aquel senhor don lo te li[6] porte la meissa garentia *de par senhoria* (169) de totas personas;

1 O.
2 Lo.
3 Per. Cette particule intercalée entre *persona* et *que* paraît inutile.
4 Serve.
5 Destreisso.
6 Lo.

E que aquel feuzators pusca vendre (170) aquel feus, o donnar, o laissar (171), o cambiar à qui que el volria (172), saub que no pusca aissi far a senhor, ni a donna del meis castel, ni al senhor major de la terra (173), ni a maio d'ordre, ni à cavaler, ni a donzel, ni a home de paratge; e si o fazia, no aques valor e fos encorreguts aquel feus al senhor de qui lo tendra si lo avia[1] alienat senes[2] meja (174).

§ 35. — Du retrait (175). — En cas de vente, les parents et le seigneur peuvent l'exercer. — Le retrait lignager appartient aux parents jusques au quatrième degré, pourvu qu'ils soient habitants du lieu. — Délai de quinze jours pour le parent présent, et d'un an en cas d'absence. — Le retrayant doit remplir toutes les obligations de l'acheteur et payer tous les frais. — Le retrait seigneurial s'exerce à défaut du lignager. — Délai de huit jours pour ce dernier.

En venta pura (176) de feus aio torn li parent e li senhor del feus en aquesta manera, que l paren (d'aquel) qu eaquesta venda fara, si l tangh en lo quart gra[3] de parentat o d'aqui en jos, e[4] es del sacrament del digh castel aquel parent, la pusca retener[5] devant autrui que no sia, aissi cum digh es, sos parents, (mas que lo retenga) dins[6] xv dias que sabra que sia vendut s(si) es en Agenes e en[7] sabra que sera fagh la venda; e si es foras d'Agenes e es del sagramen del digh castel que o pusca retener dins un an appres aquela venda (177);

E que fassa aitant bonas pagas cum li autre que o avia comprat, et que renda a aquel qui o avia comprat las messios que n avia fachas à conoguda del cosselh;

E si aquel parent retenir no o volia, que l senhor (178) de qui te lo feus ses meja aquel que l'auria vendut lo pusca retener devant autrui, si s vol, e que n'aia, si s vol, VIII dias de cosselh.

[1] Aura.
[2] Cenes.
[3] Gras.
[4] O.
[5] Retenir.
[6] Des.
[7] Peut-être *ne;* il y a dans le texte une surcharge qui ne permet pas de bien lire.

§ 36. — Des retraits (*suite*). — Le parent ou le seigneur qui exerce son retrait doit affirmer par serment que c'est pour ses besoins personnels, et qu'il gardera l'immeuble au moins un an. — A défaut de retrait, le seigneur doit octroyer l'immeuble vendu à l'acquéreur. — Droits proportionnels à percevoir sur le montant du prix, et autres droits. — Serment imposé aux parties sur la sincérité du prix.

Empero si cum dessus es digh lo parents o lo senhor del feus o volio retener, jure sobre (ls) sans, si (179) o vol aquel que aura comprat, que aquela causa vol a sos obs e que per un an al menhs o tendra a sa taula (180); e si ayssi no o jurava que ges no pogues retener devant autres, mas que l senhors del feus l'autreges (181) al comprador franquamens (182) per las costumas del digh castelh ses plagh (183) ne ses defacha, (184) sa senhoria salva.

E que aquel senhor del feus, del qual lo[1] tenia senes meja aquel que l vendet, n'agues del comprador los capsolls (185) d'aitant que n sera lo prets[2] de la venda, e n'aia sos acaptes (186) e sas oblias (187) aytal cum ne solvia[3] e n devia far aquel que o avia vendut, e pusca aver sagrament, si s vol, del vendedor e del comprador quant[4] de prets s'es vendut aquel feus; e que s'en porte bona garentia de part senhoria de totas personas que no li fassa tort ni forsa (188).

§ 37. — Des droits de vente. — La vente déclarée donne lieu aux droits, encore qu'elle ait été postérieurement résolue, s'il n'y a pas de la faute du seigneur.

E s'il vendeire e l compraire veno devant lo senhor del feus, e diso (189) que l feus que l vendeire te de lui a vendut a aquel, e puch per aventura appres se deffesia senes colpa d'aquel senhor aquella venda, aquel senhor n'aia sos capsols d'aquel que aquel feus tendra aitant be cum si era vendutz (190).

§ 38. — Des droits de vente (*suite*). — Deux immeubles conjoints relevant de seigneurs différents, quoique vendus en bloc, donnent lieu à des droits au profit de chaque seigneur. — Ventilation faite par les consuls.

E si hom compra feus ab autre feus *conjons que se toquo que*

[1] La.
[2] Prix.
[3] Solria.
[4] Eau.

movo de dos senhors o de plusors (191), que lhi senhor de cui on los tendra senes meja n'ajo lors capsols cadaus, second que l valra la valor e soma des diners segon la estimacios del cosselhs.

§ 39. — Des surcens (192). — Tous les surcens établis avant la charte sont maintenus sans contestation tels qu'ils sont, à moins qu'ils n'aient été faits malgré la clause expresse de renonciation au droit d'en établir.

E que tugh li feus que era estat sobre-afeuzat, sa en reire entro al dia que aquesta carta fo facha, en lo dich castel e en la honnor aia valor per tos temps, e tugh li sobre afeuzaments que son estat faghs sa en reire entro al meis dia (teno) en lor[1] valor (e) en bona fermetat aissi cum fagh es de feus e de sobrefeus ses tots contrats e ses tot revocamens; si empero no era empres renuntiament[2] que hom no i agues pogut far sobrefeus.

§ 40. — Des surcens (*suite*). — Dans tout surcens à établir on devra réserver le chef-cens pour assurer l'exécution des droits dus au seigneur. — Cette réserve est appréciée par les consuls. — A défaut de réserve ou en cas d'aliénation du chef-cens, la rente entière revient au seigneur qui la perçoit directement et sans distinction.

E tot home o femna que sobre-afeuzara mais d'assi en avant lo feus que avia e per avant aura que tengua[3] d'autrui en feus en lo predich castel e en la honnor, que s'en retengua (193) les cap-feus[4] rasonablament a conoguda dels cosselhs ab que lo senhor d'aquel feus se pusca totas horas tornar (194) e pusca penhorar (195) per sos devers en aquel feus se (en) los feus que sera sobre-afeuzat no l'en volia far o no l'en fasia sos devers.

E si aital cap-feus cum digh es no s'en retenia, o se s dessisia en alcu temps d'aquel cap-feus, e que (l senhor) volgues retornar las oblias d'aquel sobre-feus ses cap-feus que i agues, que totas las oblias e li acapte, d'aitant cum sobre-afeuzat ne auria, fossa sotamens[5] e quitamens encorsas al senhor d'aquel feus de qui el o tenia ses meja (196).

[1] La.

[2] Remudament. Ce mot n'a pas de sens, et je n'en ai pas trouvé de meilleur à lui substituer que *renuntiament*. Cette clause de renonciation paraît avoir été assez fréquente.

[3] Tenguda.

[4] Campfeus.

[5] Sitament.

NOTES.

(1) Ces deux noms portent souvent des orthographes différentes : tantôt comme dans le texte, et tantôt *Larrocca-Tigbaud*. J'ai adopté celle qu'on lit dans le texte, comme répondant mieux à l'orthographe actuelle.

(2) On trouve presque toujours dans les textes contemporains *cavoer* ou *cabaler*. *Cavaler* se trouve cependant dans quelques-uns.

(3) On trouve un Galhard de Larroque, abbé de Clairac en 1281. *Gall. christ.*, *t.* II. C'est probablement le même qui a dû entrer plus tard dans l'Église.

(4) Ce mot précède habituellement les noms de femmes.

(5) Il doit y avoir eu ici une mauvaise lecture. Si l'acte avait voulu dire *le quart de la seigneurie et de ses dépendances*, (ce serait le sens naturel en rapprochant ces mots des derniers mots de l'alinéa précédent,) on se demande pourquoi il n'aurait pas été aussi question de *dépendances* à l'occasion de chaque co-seigneur. Il faut plutôt voir ici le commencement d'un préambule, comme ceux qu'on trouve dans les actes de cette nature. Le mot *appartenements* paraît y tenir la place du mot latin *attendentes*.

(6) L'*honor* était la partie du territoire située hors de la ville, et qui profitait des coutumes octroyées.

(7) Sainte-Marie du Puch ou del Puch, paroisse actuelle de la ville de Larroque, située hors de la ville. Dans le manuscrit de Jean de Valier (1529), cette paroisse n'est pas indiquée sous son vocable, mais seulement comme paroisse *rupis Theobaldi*. *Mém. de la Soc. d'agric. d'Agen*, t. VII, p. 99.

(8) Cette paroisse n'existait probablement plus au temps de Jean de Valier, qui ne mentionne qu'une paroisse de Sainte-Gemme. *Id.*

(9) Saint-Pierre d'Aurival, aujourd'hui annexe. Cette paroisse était déjà jointe à celle de Larroque-Timbaut à l'époque de Jean de Valier. *Id.*

(10) Annexe. Ne se retrouve pas dans la nomenclature de Jean de Valier.

(11) Exprimer, articuler, produire : *en* SONNANT *en termes généraux qu'il a possédé à titre. Cout. d'Anjou*, art. 426. Voir Ducange, v° SONARE.

(12) Ce mot *accoutumer* est pris ici dans un sens actif ; il équivaut à cette formule qu'on trouve dans plusieurs chartes de coutumes : *an mes e paurat en costuma : posuerunt in consuetudinem.*

(13) Le mot *établissement* signifie ordonnance, arrêté. On trouve dans les chartes latines : *statuerunt, statutum est, ordinaverunt*. La différence entre *coutume* et *établissement* consiste en ce que *la coutume* dérive de l'usage et rien que de l'usage, tandis que l'établissement est nouveau et tire sa force obligatoire de la seule volonté de celui qui l'octroie. Cette nuance, sensible à l'origine, dut s'effacer avec le temps. L'emploi simultané de ces deux mots paraît n'être ici qu'une redondance.

(14) Par exemple, par suite de vente ou de donation.

(15) Il résulte de ce passage que la majorité roturière, en ce qui concernait l'accomplissement des devoirs féodaux, était fixée à quatorze ans.

(16) Les villes de l'Agenais paraissent avoir presque toutes attaché une importance sérieuse à l'ordre des serments. Il est certain qu'en prêtant

serment les premiers, les seigneurs reconnaissaient implicitement que les libertés et priviléges des villes étaient au-dessus de leurs propres prérogatives, et notamment qu'une violation commise de leur part de ces mêmes libertés brisait le lien de fidélité. Ces idées sont encore celles qui dominent dans les chartes constitutionnelles de notre temps. — Le serment prêté à Larroque est calqué en grande partie sur celui qui se prêtait à Agen. Voir *Cout. d'Agen,* chap. I. — Il devait exister, à l'origine, des différences entre ces divers mots : *costumas, franquesas, drechuras;* mais outre qu'elles sont très-difficiles à distinguer, elles devaient être peu sensibles au treizième siècle, où on emploie fréquemment ces mots l'un pour l'autre.

(17) Chaque seigneur avait donc une partie qui lui était propre. C'est ainsi, en effet, que se divisaient toutes les seigneuries ayant haute et même moyenne justice. Tout ce qui tenait à la justice soit directement, soit à titre d'accessoire, restait indivis. Les droits qui en résultaient étaient exercés par un agent commun, et les produits en étaient répartis entre les co-seigneurs. Les cens et autres redevances dérivant directement du sol, étaient perçus sur la base d'une division matérielle de territoire : d'où la règle *Quisque pro regione suâ.* Voir *Cout. de Prayssac,* art. 1, note 10; *Etabl. de saint Louis,* liv. I, chap. CVI; Beaumanoir, *Cout. de Beauv.,* chap. XXII, art. 4; t. I, p. 325, édit. Beugnot. Voir ci-dessous, § 3, note (34).

(18) Ce serment est aussi presque littéralement calqué sur celui d'Agen, *idem.*

(19) On entendait par ce mot les limites des lieux privilégiés. D'après Ducange, l'étymologie de ce mot aurait beaucoup embarrassé les antiquaires. Les *dexs* différaient de l'*honor*, en ce que les *dexs* étaient les limites et l'*honor* le territoire compris entre ces limites. Voir Ducange, vis DECI, DEXTRI. — Du reste, il est peu de chartes de coutumes où le territoire de la juridiction ne soit ainsi délimité.

(20) *Causada, causata, calsata, calceata, causea, calcea, calceta, calceïa, calceatum,* formes diverses et variées du mot *chaussée,* qui toutes paraissent dériver du mot *calx*, chaux, et supposent par suite des chemins empierrés avec emploi de la chaux. La ville de Larroque avait donc une de ces chaussées allant du château au fossé (*valat*) *de la planta* (vigne nouvellement plantée), et d'où on devait tirer une ligne pour aller à la fontaine d'*Albufiera*. Ce dernier mot était aussi un mot roman signifiant *réservoir d'eau, bassin, vivier*. Voir Ducange, vis CALCEA, CAUSEA, ALBUFFERIA.

(21) Quoiqu'il soit toujours hasardeux de chercher un sens aux noms propres, il peut être utile de se livrer à cette recherche pour fixer l'état du langage du pays. La *torsa* était une digue en terre; la *malatorsa* probablement une de ces digues en mauvais état. C'est de ce mot que vient *torchis* ou muraille en terre. Voir du Cange, vis TORSA, TORCIA.

(22) La *Nayssa* ou *Nassa* était aussi un réservoir d'eau. On dit encore *mettre quelqu'un dans la nasse,* pour dire le jeter dans l'embarras. Voir Ducange, vo NASSA.

(23) Ce mot est susceptible de bien des sens. Il désigne principalement une éminence, et, par extension, la résidence établie sur cette éminence. La mote

était roturière ou plutôt servile et mainmortable, quand l'habitation était celle d'un serf, et féodale, quand elle était la résidence d'un seigneur. On entendait par là aussi, et par une plus grande extension encore, le lieu où se rendait la justice. Voir Ducange, v° Mota.

(24) Ce doit être un nom de personne.

(25) Ce lieu existe encore aux environs de Larroque. — *Monfourton.*

(26) *Calveta : montana satis fructibusque nuda.* Voir Ducange, v° Calveta.

(27) Ce mot offre divers sens. On appelait ainsi notamment les obstacles placés à l'entrée des villes, et peut-être aussi des seigneuries rurales pour la perception des péages.

(28) Les bailes ou baillis ne commencèrent à paraître en Agenais qu'au commencement du treizième siècle. L'acte le plus ancien où il en soit fait mention est une transaction de 1208, passée à Agen en présence du bailli du roi et du bailli de l'évêque. Une charte de 1221 impose au bailli du seigneur le devoir de juger selon les coutumes de la ville. Les coutumes d'Agen réservent au sénéchal le droit d'y placer un bailli, chap. 1. — Dans les seigneuries possédées par indivis, comme Larroque-Timbaut, la présence d'un bailli représentant les seigneurs pour l'exercice des droits jouis en commun était indispensable. On distinguait deux espèces de baillis, *ballivi majores* ou hauts baillis, dont la situation était celle des *sénéchaux* du midi de la France ; les *ballivi minores* ou simples juges, dont la juridiction n'embrassait qu'une simple seigneurie, correspondant à ce qu'on appelait ailleurs *prévôts*, *vicomtes* ou tout simplement *juges*. Les terres appartenant au seigneur d'Agenais, en cette qualité, étaient divisées en *baillies*, *balliviæ*.

(29) C'est un exemple rare de nomination du bailli faite avec le concours des consuls. Les seigneurs étaient en général très-jaloux de cette prérogative.

(30) La durée de ces fonctions ainsi limitée est assez rare. A Agen, le bailli devait renouveler son serment chaque année. *Réq. de jurade* (inédit).

(31) *Féal*, *fidelis*.

(32) Tous les habitants d'une même ville étaient solidaires au dehors et devaient prendre fait et cause pour ceux qui avaient éprouvé quelque préjudice. On trouve dans les coutumes de Cahors divers articles relatifs à cette solidarité.

(33) Le bailli n'était pas seulement un juge ; il était aussi chargé du recouvrement des confiscations, *las justitias*, des amendes et autres produits de justice, *gatges*, et des autres revenus seigneuriaux, *las drechuras*. C'est par ce motif qu'il était inséré dans son serment qu'il en rendrait *compte bon et loyal*. Il avait également la police de la seigneurie qu'il devait tenir en paix, *paziblament*.

(34) Voir *suprà*, note (17).

(35) Le nombre des consuls était calculé d'après la population. La ville d'Agen en avait douze. Vers l'année 1221, quelques villes de l'Agenais, entre autres la ville d'Agen, essayèrent de substituer à cette administration collective un magistrat unique appelé *mayer* ou *maire*. Mais cette tentative ne réussit pas. On ignore les circonstances qui l'avaient provoquée et

celles qui la firent échouer, et il n'en est resté d'autres traces que la mention de ce *mayer* dans quelques chartes.

(36) Ce mode d'élection était pratiqué dans toutes les villes de l'Agenais, et, en général, dans presque tout le Midi. On voit dans Beaumanoir, *Cout. de Beauv.*, chap. L, art. 7, t. II, p. 267, que dans les villes du Nord il se pratiquait également. Les maires et échevins sortants y nommaient aussi leurs successeurs. A Agen, à la suite d'une émeute, il fut décidé que chaque quartier aurait, suivant son importance, un ou plusieurs représentants dans le corps consulaire. Trans. de 1247, inédite, *Cout. d'Agen*, chap. LIII.

(37) La forme ordinaire de ce mot est *cossols*.

(38) Ainsi, l'administration était renouvelée en entier, savoir : le bailli le jour de Pentecôte et les consuls le lendemain.

(39) Dans les villes consulaires, on attachait un grand prix au secret des opérations relatives à l'élection des consuls sortants. Les coutumes d'Agen ne parlent pas de ce secret, mais il résulte de divers documents, qu'il y était rigoureusement pratiqué. Le 5 avril 1351 (a. st.), 1352 (n. st.), les consuls de cette ville étaient rassemblés à la maison commune, les portes fermées, lorsque le juge-mage, le procureur du roi et une autre personne brisèrent les portes et entrèrent dans la chambre où se faisait l'élection, prétendant avoir le droit d'y assister comme représentant le roi, seigneur direct de la ville. Les consuls suspendirent les opérations, protestèrent et décidèrent qu'on en écrirait au roi ; en attendant, il fut défendu à toute personne, déléguée du roi ou autre, de troubler le secret des élections. *Réq. de jur.*, f° 115 r°, inédit.

(40) Outre la loyauté et la bonne renommée, les coutumes d'Agen exigeaient que ces consuls fussent majeurs, catholiques, nés de légitime mariage, exempts de toute hérésie et non juifs, non parents d'hérétiques, non usuriers et non condamnés pour hérésie ou tout autre crime commun. *Cout. d'Agen*, chap. LII. — Il est assez singulier qu'il n'y ait été rien dit sur la qualité de résident, *estancia*.

(41) Il existait, dans la seigneurie, d'autres personnes nobles que les co-seigneurs ; c'était notamment les seigneurs de *feus*, ou seigneurs bas justiciers, dont il sera fréquemment question dans la charte. Quelques-uns de ces seigneurs, quoique de noblesse inférieure, pouvaient, à ce qu'il paraît, atteindre au grade de *chevalier* ; d'autres restaient au simple titre de *donzel*, *domicellus*, titre inférieur dans l'ordre de la chevalerie. La charte les appelle avec les seigneurs et tous les habitants à assister au serment des consuls.

(42) Le serment des consuls avait un triple objet : 1° comme sujets directs des seigneurs et représentants des habitants, de maintenir les droits de ces seigneurs ; 2° comme participant à l'administration de la justice, de juger avec impartialité ; 3° comme administrateurs des biens de la communauté, de bien faire ses affaires.

(43) Toutes ces amendes, *gatges*, étaient réglées en *arnaudins* ou darnaudins, monnaie locale de l'Agenais. La monnaie arnaudine ou arnaldine était inférieure d'un cinquième à la monnaie tournoise : quatre petits tournois pour un arnaudin. Ordonn. de Philippe le Bel, *inédite*.

(44) Beaumanoir nous apprend que, dans les villes du Beauvoisis, il s'élevait de nombreuses difficultés au sujet des comptes. Les pouvoirs municipaux conférés par les sortants allaient presque toujours à leurs parents et à leurs amis, et se concentraient ainsi en un petit nombre de mains. Dans cette situation, on était très-peu rigoureux pour les comptes les uns des autres. Il propose en conséquence aux seigneurs d'intervenir dans l'intérêt de la masse, ou à la masse elle-même de se choisir des hommes spéciaux pour recevoir les comptes. — Beaum., chap. L, art. 6 et 7. — Dans les villes du Midi, cette immixtion eût été probablement très-mal reçue. Il ne paraît pas, au reste, qu'il y eût beaucoup de difficultés à ce sujet, car la charte de Larroque est à peu près la seule en Agenais où cette matière soit l'objet d'une disposition spéciale. Les coutumes d'Agen ne contiennent rien à cet égard. A Larroque, au contraire, non-seulement les consuls, mais les baillis eux-mêmes y sont déclarés comptables, probablement pour les portions d'amendes réservées à la ville.

(45) Le droit de lever des deniers attribué aux consuls était général dans toutes les villes de l'Agenais. Les coutumes d'Agen contiennent à ce sujet des dispositions spéciales,— chap. LII. — Il en était de même dans les villes du Nord. — Beaum., chap. L, art. 10, t. II, p. 268. Voir ci-dessous, § 54.

« Quod dicti consules de gagiis, penis, questis, talliis, expendant prout « necesse et rationis fuerit, in et pro utilitate communi, et de omnibus bo- « num compotum reddant. » *Cout. de Lamontjoie*, anno 1299. *Rev. hist. du droit français et étranger*, septembre-octobre 1860.

(46) Droit de coërcition ou de contrainte, faculté de saisir les délinquants, de recouvrer les amendes, de saisir les meubles et les immeubles, etc. Voir Ducange, v° COHERCITIO. — Il cite plusieurs textes où ce mot est employé dans ce sens.

(47) *La clamor*, *clam*, *claim* ou *clameur*, était le premier acte de la procédure. La partie lésée se présentait devant le juge, soit seule, soit accompagnée d'une personne chargée de parler en son nom, et exposait sa réclamation. Elle terminait par une requête, verbale comme la clameur, tendant à obtenir du juge qu'il fît ajourner la partie adverse, et fixât un jour où elles pussent être entendues l'une et l'autre contradictoirement. Ce n'était d'ailleurs qu'un simple préliminaire qui ne fixait point le débat. Ce mot s'est conservé dans la langue judiciaire. On dit qu'un homme est poursuivi par la *clameur publique*, art. 475, § 12 du Code pénal, et 41 du Code d'instr. crim.

Cet acte devait être précédé d'une interpellation tendant à procéder devant les consuls, § 79, ci-dessous.

(48) Voir ci-dessous, §§ 17, 53 et 70. — Les habitants des villes privilégiées attachaient toutes un grand prix à ce privilége qui consistait à n'être jugés que chez eux, et, comme on dit aujourd'hui, à n'être point distraits de leurs juges naturels. Il en résultait pour eux économie, facilité et sécurité. Ce principe est consacré par toutes les chartes de coutumes de l'Agenais. *Agen*, chap. X, p. 24; *Lamontjoye*, art. 10; *Prayssas*, art. 25; *Rev. du droit franç. et étr.*, mars-avril 1860; *Sérignac*, art. 39, *inédit*. —

Dans la coutume de Castelamouroux et autres identiques, le roi défend à son sénéchal de faire ajourner les habitants hors de leur ville, art. 5, *inédit.* — L'importance spéciale de cette disposition consistait surtout en ce que, par l'effet de vente ou de succession, la seigneurie pouvait passer sous une main étrangère. Il pouvait arriver alors qu'un seigneur nouveau la possédât en même temps qu'une autre seigneurie préférée, et ne la dépouillât de la justice au profit de cette dernière. La juridiction, dans ce cas, courait le risque d'être déplacée, et c'est ce qu'on voulait éviter. Ce principe de localisation fut opposé plus tard, mais infructueusement, aux évocations faites par les parlements.

(49) La négligence, *colpa*, constituait la *défaute de droit*, qui faisait perdre au seigneur son droit de juridiction. Voir Beaumanoir, chap. LXII. — L'*essoine* ou *exoine*, terme encore en usage au palais, notamment pour les jurés qui se font excuser, était l'excuse légale qui ne pouvait résulter ici que d'un motif d'abstention. Voir Ducange, v° SUNNIS, et ci-dessous note (110).

(50) Rejeter quelqu'un hors du claim ou de la clameur, correspond à ce que nous appelons aujourd'hui *déclarer non recevable*, *écarter* par *fin de non-recevoir*.

(51) Littéralement les *mises*, autrement dit les *dépens*.

(52) Les questions de mariage étaient de la compétence des cours ecclésiastiques. *Li secons cas de quoi le juriditions apartient à sainte Église, c'est de mariage.* Beaumanoir, chap. II, art. 3; t. I, p. 158.

(53) Le mot *for* est pris ici dans le sens que nous lui donnons encore aujourd'hui dans les locutions suivantes : *for intérieur* et *for extérieur*. Il équivaut à *compétence*.

(54) Il pourrait bien y avoir ici une erreur. On entend, en général, par *droit écrit* le droit romain. Or, c'était le droit canonique qui réglait la compétence des cours ecclésiastiques ou cours *de sainte église*.

(55) *Cout. de la Réole*, § 22, p. 13, cf. et autres. — Il s'agit ici d'une juridiction particulière dont l'usage paraît avoir été assez général, quoiqu'il en soit rarement question dans les documents juridiques de cette époque. Le *feus* ou fief, dont il s'agit ici, n'est autre chose que la terre donnée à la condition de redevance ou cens, autrement dit le fief censier ou roturier. Le bail à cens ou à rente féodale, avait, entre autres conséquences, ce résultat singulier qu'il rendait le censitaire justiciable du seigneur censier pour tout ce qui tenait aux actions réelles relatives à la terre acensée, tandis que, pour tout le reste, il était justiciable du haut justicier représenté par le bailli. Il est question de cette juridiction particulière dans les *Coutumes d'Agen*, chap. XLI, et plus bas, § 45. — Il en existait encore des traces au moment de la Révolution. Elle était connue sous le nom de *justice censière* ou *foncière*. Voir Ferrière, *Dict. de pratique*, v° JUSTICE FONCIÈRE. — Les priviléges accordés aux villes laissaient, en général, subsister cette justice dont elles n'avaient pas à se plaindre.

(56) La caution judiciaire jouait un grand rôle dans la procédure du moyen âge. Beaumanoir distingue deux espèces de caution, l'une appelée d'*estre à droit*, et qui n'est autre que la caution *judicatum solvi* qui n'est

plus exigée aujourd'hui que des étrangers (Code de proc. civ., art. 1), et l'autre *de venir en cour*, origine de *la liberté provisoire sous caution* accordée au prévenu domicilié, en matière criminelle. Code d'instr. crim., art. 113. — Ces deux cautions différaient l'une de l'autre en ce que la première emportait l'obligation de garantir les résultats du procès, tandis que l'autre ne garantissait que la présence de la partie aux divers actes de la procédure. Beaum., chap. XLIII, art. 55; t. II, p. 181. — A Larroque, comme on voit, la caution judiciaire était exigée des deux parties, et tout porte à croire, quoique le texte soit muet à cet égard, qu'il s'agit ici de la caution *judicatum solvi*. Il est question de cette caution dans les *Coutumes d'Agen*, chap. X.

(57) C'était le juge devant lequel se portait le clam ou clameur, qui demandait et obtenait la caution. *Quant aucun plède en le cort d'aucun seigneur dont il n'est ni homs ni ostes, il doit livrer plèges d'estre à droit.* Beaum., *id.*, art. 32. Voir Ducange, v° FIRMANTIA.

(58) La substitution du serment à la caution, quand il y avait impuissance d'en fournir, quoique indiquée dans la plupart des chartes de coutumes comme constituant un privilége spécial pour chaque ville, était néanmoins d'un usage à peu près général. C'est ce qui résulte de ce passage de Beaumanoir : *Et s'il veut jurer qu'il n'en peut nul avoir, si ne perdra-t-il pas que droit ne lui soit fes. Mes il doit jurer qu'il sera à droit de cele quérelle, et qu'il ne peut avoir nul plèges.* Beaum., *id.*

(59) *Gandir*, *gannir* paraît venir du mot *gannum*, tromperie. Il signifie ici soustraire par fraude. On le retrouve, quoique assez rarement, et avec le même sens, dans quelques textes de coutumes, notamment celle de Cahors. — Voir Ducange, v° GAUNUM.

(60) *Les jours que coutume donne*, comme disent, en général, les documents de cette époque. Ces jours ou délais sont indiqués dans les articles suivants : il suit de ce passage que, pour être admis à réclamer ces délais, il fallait, ou fournir caution ou prêter le serment.

(61) Ce principe était loin d'être généralement adopté. C'était pousser loin, en effet, le privilége de la liberté sous caution. Beaumanoir n'admet pas la récréance, c'est-à-dire la remise en l'état, et, par conséquent, la remise en liberté après arrestation, dans les cas de crime *ou l'on peut perdre vie ou membre*. Beaum , chap. LIII, art. 4; t. II, p. 302; *id.*, art. 5, *in fine*, p. 303.

(62) *Larcin*, *latrocinium*. Beaumanoir a consacré à ce genre de délits un chapitre particulier, chap. XXXI.

(63) *Focus*, *arson*, incendie.

(64) La *monstre* ou *monstrée*, *monstrata*, *ostensio*, consistait à donner tous ses biens en garantie et à les montrer au juge, de manière à ne pouvoir rien en distraire. Cette manière de procéder tenait lieu de notre cautionnement en immeubles et en argent. — Code d'instr. crim., art. 118. — On voit, par la comparaison de cet article avec le précédent, que c'était seulement en cas de crime que le défaut de caution entraînait la monstrée. Voir Ducange, v[is] MONSTRATA et OSTENSIO.

(65) Le ban, *bannum*, était synonyme d'édit, d'ordonnance ou de tout

autre acte de l'autorité publique. La saisie et le séquestre étaient qualifiés *bans*, parce qu'ils étaient des actes de l'autorité. *Bandir* c'était donc *mettre sous le ban*, comme le *bandit* était l'homme *poursuivi par le ban*. Voir Ducange, v° BANNUM.

(66) *Destressa*, de *distringere*, saisir. Garder le corps ou la personne de quelqu'un sans le saisir, c'est évidemment se borner à une simple surveillance.

(67) Le mot *sacrament*, *serment*, mis ici à la place des mots *del meis castel e de la honor*, employés partout ailleurs, signifiait l'étendue du territoire soumis à une charte jurée, et on entendait par *charte jurée*, non pas, comme on l'a dit, une charte garantie contre la mauvaise volonté réelle ou possible du seigneur par le serment des habitants, mode de serment appelé *ligue*, *colligatio*, et puni des peines les plus sévères, mais une charte à laquelle les seigneurs et les habitants avaient prêté serment. La charte de Larroque était de ce nombre, ainsi que le prouve le protocole par lequel elle se termine. C'est par ce motif que le territoire soumis à cette charte est qualifié *serment*, non-seulement ici, mais dans plusieurs autres passages.

(68) Cette peine sauvage se retrouve dans un grand nombre de coutumes, notamment à Agen, chap. XVI ; Bordeaux, § 21 ; édit. de Lamothe, p. 24. — Celle de la confiscation se retrouve partout. On sait tout ce qu'il a fallu d'efforts pour la faire disparaître de nos lois.

(69) Cette forme de droit réservée par cet article était probablement le *duel* ou la *bataille judiciaire* qui n'était pas encore tout à fait tombée en désuétude, malgré l'ordonnance de saint Louis, et qu'on retrouvera plus bas. Peut-être aussi était-ce le cas de guerre privée qui subsistait encore dans toute sa plénitude.

(70) Le droit écrit est ici le droit romain, tandis que dans le § 8 ci-dessus. il désigne le droit canonique. On sait, en effet, que le droit romain avait admis en matière d'homicide plusieurs excuses comprises dans ce qu'on appelait l'*homicide nécessaire*, et qui étaient reçues dans l'ancien droit ; quelques-unes ont passé dans le Code pénal. *Cout. de la Réole*, § 25, p. 14, cf.

(71) C'est le principe de l'hypothèque légale des femmes tel qu'il se pratique encore de nos jours. Je n'ai rencontré aucune texte où il soit posé d'une manière aussi nette. Les coutumes d'Agen réservent aussi les droits des femmes et des créanciers, chap. XV. — La coutume de Castelamouroux réserve d'une manière générale toutes les dettes, *solutis primo tamen debitis suis*, art. 16, inédit.

(72) L'appréciation des dettes était donc livrée à l'arbitraire du bailli et des consuls.

(73) En règle générale, on ne pouvait être poursuivi criminellement que sur l'action directe, *clamo rancura* de la partie lésée. On ne connaissait pas alors l'action désintéressée du ministère public. L'individu poursuivi répondait à cette action comme à une action ordinaire. Il fournissait tout simplement caution comme tous les défendeurs, et pouvait même s'en dispenser moyennant un serment. Si l'accusation portait sur des cas graves, tels que

le vol, l'incendie et autres, on était plus rigoureux, et les biens de l'accusé étaient mis sous une espèce de séquestre. Sa personne même était soumise à une espèce de surveillance. En cas de meurtre, on allait plus loin, et la caution était obligatoire, et on ne se contentait plus du serment. A défaut de caution enfin, l'emprisonnement était de rigueur. Mais il était des cas où la poursuite s'opérait par une sorte de clameur publique ; c'était le cas de flagrant délit et notamment quand le malfaiteur prenait la fuite au moment où il venait d'accomplir son méfait. Telle est, dans son ensemble, la théorie qui résulte de la charte et que j'ai cru devoir résumer pour en faciliter l'intelligence. Voir *Cout. de Sérignac*, art. 26, inédit.

(74) Le mot *malafacha* était un terme générique équivalent à notre mot *délit :* il désignait toute espèce de méfaits depuis le maraudage jusqu'au meurtre.

(75) Ce paragraphe a été extrait en entier du chapitre XXII de la coutume d'Agen, mais on y a omis ce qui sert à l'expliquer. Il est donc nécessaire d'y suppléer. Dans les pays de droit écrit, comme l'Agenais, on avait maintenu les dispositions du droit romain sur la puissance paternelle. On les avait peut-être même exagérées en ce sens qu'indépendamment du droit d'acquérir par ses enfants, le père était armé d'un droit de correction qui s'étendait jusqu'à sa femme et à ses serviteurs, *sa molher o sa mainada*, ou, comme disent les coutumes d'Agen, *sa molher, o son filh, o home o femna que tengua en sa maio ni a sa soudada* (sa solde), *o son home e son sers*. Ce droit de correction est ainsi formulé dans les coutumes d'Agen : *Si alcus ciutadas o borzes d'Agen batia home a femna de sa mainada, o si sirvent o sirventa que agues destrenhia per causa que agues perduda en sa maio o per autra malafacha dont agues sa mainada sospessona, pot o far per sa propria autoritat, senes que non es tengut a senhor ni a autrui*. Ce qui signifie que le chef de famille pouvait frapper les gens de sa maison pour le moindre soupçon, sans que rien fît obstacle à l'exercice de son autorité. Ce pouvoir absolu, joint à ce qu'il était l'unique propriétaire dans sa maison, faisait qu'on ne pouvait s'adresser qu'à lui pour les conséquences civiles d'un crime ou d'un délit. Il avait donc, en même temps que l'autorité, une responsabilité générale et absolue. En conséquence, les coutumes d'Agen déclaraient non recevable toute action dirigée contre la femme, le fils ou le serviteur sans l'interpellation préalable faite au père, au maître ou au mari. Mais celui-ci pouvait se dégager de cette responsabilité en abandonnant son pouvoir. C'est cet abandon que les coutumes d'Agen et de Larroque expriment par le mot *desemparar*, littéralement *refuser sa protection*. A l'aide de cette explication, ce paragraphe n'a pas besoin d'autre commentaire. L'abandon doit être fait à l'origine de l'accusation et avant la prestation de la caution. Ce pouvoir une fois abandonné ne pouvait plus être repris sans faire revivre la responsabilité.

(76) Le fief roturier, ou bail à rente féodale, avait introduit dans le régime de la propriété de nombreuses complications par suite des droits, ou contraires ou indépendants les uns des autres, du seigneur dominant eu haut justicier, du seigneur direct ou censier et du feudataire ou tenancier. La confiscation au préjudice du tenancier ne pouvait pas nuire au

seigneur censier complétement innocent de son crime. Dès lors le haut justicier au profit de qui s'opérait la confiscation, était tenu de prendre la terre avec toutes ses charges, et de payer lui-même les redevances dues au seigneur censier, ordinairement son vassal. Mais cette situation ne pouvait se prolonger, les convenances féodales ne permettant pas qu'un seigneur pût être le tenancier de son propre vassal. Aussi la coutume faisait-elle un devoir au haut justicier de vendre, donner, échanger ou acenser le fief confisqué dans le délai d'un an. Cette disposition se retrouve dans la *Coutume d'Agen*, chap. XVIII, et dans plusieurs autres.

(77) Si le haut justicier était en même temps le seigneur censier, rien ne s'opposait à ce qu'il incorporât la terre confisquée à son propre domaine. D'après la fiction féodale qui faisait tout partir d'une concession primitive, il ne faisait que rentrer dans son bien. En cas de propriété collective, le consentement commun était indispensable. Ce passage laisse supposer que les co-seigneurs, tout en se partageant ce qui était partageable, avaient réservé quelques terres en commun.

(78) Par application des principes de la matière, le co-seigneur pouvait garder la terre dont il était exclusivement le seigneur censier, à la condition de payer aux autres ce qui devait leur revenir au taux de la valeur de la terre confisquée au moment de la confiscation. Ces confiscations étaient, comme on voit, une branche de revenu, quand elles n'étaient pas un moyen d'accroître l'importance du fief par l'incorporation de terres primitivement détachées. Dans plusieurs pays, le fief confisqué revenait, non au haut justicier, mais au censier. Par suite, toutes ces questions ne pouvaient y naître. Voir Beaum., chap. XXX, art. 2 et suiv.

(79) La procédure écrite n'était pratiquée à l'origine que devant les tribunaux ecclésiastiques, d'où elle a passé devant les tribunaux laïques. Les cours féodales l'ont repoussée pendant longtemps. Elles se virent cependant forcées de l'adopter lorsque, par l'effet de la substitution de l'appel par amendement à l'appel par bataille (*Etabl. de saint Louis*, liv. I, chap. VI), le juge d'appel dut juger la cause d'après les errements du procès. Voir ci-dessous, § 26, note (128). Il fallut bien alors que ces errements lui fussent apportés par écrit. On voit par cet article que, vers la fin du treizième siècle, cette procédure commençait à gagner les juridictions inférieures. On lit dans un tarif, rédigé dans le siècle suivant, et qui doit avoir été commun à toutes les villes de l'Agenais, quoiqu'on ne le trouve qu'à Prayssas : *de libel encorporar baillat per l'actor deu aver l'escrivan* VI *diners*. Pour recevoir le libelle remis par le défendeur, l'écrivain (greffier) a droit à six deniers. Voir Beaumanoir, chap. VI, art. 15.

(80) Cet article concorde avec l'usage suivi en cour ecclésiastique et rapporté par Beaumanoir : *En la cort de chrétienté, on baille à la partie se demande par écrit, puisque le demande est de 40 sous, et en tels lieux y a de 20 sous et plus*. Beaum., chap. VI, art. 15 ; t. I, p. 107. — La demande était l'acte qui saisissait réellement le juge et commençait la procédure régulière ou *le plet ordené*. Les actes antérieurs, tels que *le claim, le jour, la semonce*, etc., appartenaient simplement à la procédure préparatoire. La demande écrite, dans le langage des cours ecclésiastiques, se nommait

libelle. On dit encore au palais *libeller une citation* pour formuler une demande écrite dans une citation. Ces libelles devaient contenir fréquemment des imputations hasardées, quelquefois même diffamatoires contre la partie adverse, et c'est ainsi probablement qu'on a été amené à ne se servir de ce mot que dans un sens odieux.

(81) L'écriture entraînait des frais et rendait la procédure onéreuse. On conçoit donc que son emploi ait été limité à une certaine valeur. On se tromperait cependant si on regardait la valeur de 20 sous comme insignifiante. On a deux manières aujourd'hui de l'évaluer, 1° par la valeur intrinsèque, 2° par la puissance de l'argent ou valeur relative. En valeur intrinsèque, les 20 sous dont il s'agit et qui devaient être *arnaudins*, monnaie courante du pays, donnent, d'après des calculs faits ailleurs (*Cout. de Prayssas, Pet. Cout.*, art. 3, note 1), à raison de 2 fr. 04 c. par sou, la somme de 40 fr. 80 c. En supposant maintenant que la puissance de l'argent ne fût que de 6, et on la porte généralement beaucoup plus haut pour le sou du treizième siècle; on obtient la somme de 244 fr. 80 c., valeur bien suffisante à coup sûr pour justifier les frais d'une demande écrite.

(82) Le mot *lioras*, inscrit au texte, était évidemment le résultat d'une mauvaise lecture. J'ai cru devoir y substituer les mots *las actas* que j'ai trouvés dans un tarif, sans date, puisé dans le manuscrit qui renferme les *Coutumes de Prayssas*, —*De cada brassa d'*ACTAS *en paper*. Le mot *acte*, qui s'employait alors au féminin, indiquait tout ce qui était recueilli solennellement par écrit. De là ces expressions encore en usage, *donner acte*, *requérir acte*, *prendre acte*. A la rigueur, on pourrait aussi supposer le mot *notas*, et même le mot *letras*, qui signifiait les mandements émanés du juge. Mais le mot *actas* m'a paru préférable comme étant alors plus en usage.

(83) Ce livre-registre, ou répertoire de la cour, était destiné à recevoir la mention de ce qui s'était passé devant le juge et correspondait à nos minutes d'aujourd'hui. C'est ce qui résulte implicitement du tarif cité dans la note précédente. D'après ce tarif l'écrivain, *escriva*, *scribanus*, y couchait par écrit le *claim*; mais, comme il n'en était pas donné expédition, il ne lui en revenait rien. Tous les autres actes constatant la comparution, les aveux, les contradictions des parties étaient également inscrits et donnaient lieu à des droits. Les sentences étaient plus spécialement écrites *el paper*, *sur le papier*, qui n'était autre chose que le livre dont parle notre article. Tous ces livres se sont égarés et il ne s'en est pas conservé un seul, au moins en Agenais. Voir plus bas, § 28.

(84) Voir ci-dessus, § 8, et ci-dessous, § 53. — Ce principe se retrouve dans toutes les coutumes locales à quelque région qu'elles appartiennent. C'était, à ce qu'il semble, pour les villes un des privilèges les plus précieux; mais c'est en même temps un de ceux que l'autorité royale a le plus souvent et le plus audacieusement violés, au moyen des évocations, des cas royaux, etc. — On voit dans la collection des *Olim*, que le parlement avait trouvé un singulier moyen pour l'éluder. Il supposait que le droit de justice était établi dans l'intérêt exclusif du seigneur. Si le seigneur réclamait son droit, on lui rendait l'affaire. S'il ne réclamait pas, le

parlement restait saisi. Voir notamment anno 1254, t. I, p. 417, et plusieurs autres arrêts. — L'article de la coutume de Larroque est extrait des *Coutumes d'Agen*, chap. XI.

(85) Cet article est celui qui renferme le plus de lacunes et d'omissions. Par suite, c'est celui qui a exigé le plus de restitutions.

(86) Le jour de conseil, *dies consilii*, était le délai pour se consulter. Ce délai était de quinze jours pour les gentilshommes, de huit jours pour les roturiers libres, et d'une durée arbitraire ou suffisante pour les simples serfs ou vilains. Il était, en général, de huit jours dans les coutumes urbaines. Voir *Cout. d'Agen*, chap. VI; Desf. *Cons.*, chap. XIII, art. 1 et 4, p. 72 et 73; Beaum., chap. VII, art. 3; t. I, p. 123; arr. de 1254, *Olim*, t. I, p. 418; *Etabl. de saint Louis*, liv. II, chap. XXXI. Le jour de conseil est supprimé et se trouve implicitement compris aujourd'hui dans le délai fixé pour la comparution.

(87) Le jour de réponse ou de *riposte*, *dies responsionis*, succédait à la demande, et cette réponse était, après elle, l'acte le plus important de la procédure. La demande ouïe, le défendeur était tenu de reconnaître ou de contester. S'il reconnaissait la justice de la demande, on en dressait acte, et tout était fini. En cas de contestation, au contraire, le procès commençait sérieusement. Ce mot de *riposte* s'est conservé dans l'usage. On dit encore *bien riposté, prompt à la riposte.*

(88) Voir sur la caution judiciaire les paragraphes 9, 10 et 11. Il résulte de cet article que la demande en délai devait être précédée du bail à caution.

(89) Il est regrettable que les nombreuses lacunes indiquées par ces longues parenthèses tombent précisément sur une matière dont il n'est question dans aucune autre charte de coutume, matière, en outre, assez peu connue. La reconvention, empruntée au droit romain, ne s'appliquait pas en cour laïque, mais seulement en cour ecclésiastique : *Une coutume queurt en le cort de chrétienté qui ne quort pas en cort laïe. Ceste coustume apelent-ils reconvention.* Beaum., chap. XI, art. 47; t I, p. 178; et Desfont., *Conseils*, chap. XXIX, § 5, p. 344, édit. Marnier. — Il résulte des principes admis à ce sujet par le droit canonique que la reconvention devait être faite au début du procès, et c'est de ce point que je suis parti pour les restitutions à faire au texte. Voir Févret, *Traité de l'abus*, t. I, p. 413, et les passages cités. — Le droit canonique lui-même avait puisé ces principes dans le droit romain. Dig., liv. V, tit. I, l. 22. — Comme l'article sur la procédure écrite, cet article indique l'influence exercée par le droit canonique dans les juridictions inférieures.

(90) J'avais cru jusqu'à présent, sur la foi de quelques analogies, que le délai pour *terre-garde* n'était autre chose que *le jour de vue* mentionné par Beaumanoir, chap. VII, art. 3; t. I, p. 123; par Bouteiller, liv. V tit. I; du Breuil, *Stylus parlamenti*, — Dumoulin, t. II. — Outre que cette exception occupe exactement la place assignée au jour de vue par l'auteur du *Stylus parlamenti*, je me fondais principalement sur les mots *garda, gardar*, qui, dans certains cas, signifient *vue, voir, examiner*. J'ai même consigné cette opinion dans des Notes sur la Coutume d'Agen, chap. X. Mais le rapprochement de cet article avec divers passages

des coutumes de Bordeaux m'a fait craindre d'être tombé dans l'erreur. On lit, en effet, dans l'article 74 de ces coutumes, publiées en 1768 par les frères Lamothe, que dans les demandes en partage entre frères ou entre cousins, il n'y a point jour de conseil, mais jour de garde; puis il est ajouté que, dans ce cas, les biens et leurs fruits doivent être *séquestrés*. *En aquest cas, los bens e los effruts deven estre sequiestrats*. Ces mots, il est vrai, paraissent avoir été introduits dans le texte après coup et par quelque commentateur, mais quelle que soit leur date, ils ne permettent guère le doute. Il est évidemment question de quelque chose de plus que la montre du lieu contesté, et ce quelque chose ne peut être que le dépôt en main supérieure ou *séquestre*. D'après les règles du droit romain, cette garde ou séquestre n'avait lieu que dans le cas où aucune des parties n'avait une possession suffisante pour opérer la saisine. Cette procédure est tombée en désuétude; on en trouve cependant encore quelques traces dans les articles 1961 et suiv. du Code Napoléon.

(91) Ducange donne de la reiregarde, *reregarda*, la définition suivante : *Jus custodiæ competens homini ligio aut vassalo nomine domini sui superioris*. Je la reproduis sans trop savoir le parti qu'on peut en tirer. La *garde* d'un immeuble étant un véritable dépôt confié à un gardien, la *reiregarde* pourrait fort bien avoir été une espèce de gardien supérieur destiné à contrôler l'administration du gardien direct. Ce n'est, du reste, qu'une simple hypothèse.

(92) Cet article doit avoir été altéré. Il suffit, pour s'en assurer, de le comparer aux *Coutumes d'Agen*, chap. x. D'après ces coutumes, en matière d'immeubles, le droit de demander la garde appartenait à toute partie, *a cui ops sera* et non pas seulement au défendeur. On a donc de la peine à s'expliquer comment, dans notre article, ce droit appartient exclusivement à ce dernier; par suite peut-être de quelque erreur de copie, la même disposition restrictive se retrouve il est vrai, dans la *Coutume de Sérignac*, art. 32, inédit. — Il résulte encore des coutumes d'Agen que la *garde* et la *reiregarde* étaient deux opérations destinées à se contrôler. D'après ces coutumes, la garde se faisait contradictoirement; celui qui la requérait appelait la partie adverse dans les cinq jours; cette opération faite, l'adversaire devait faire la reiregarde dans les trois jours suivants. Ici, au contraire, il est question de ces deux opérations comme si elles étaient indépendantes et laissées au choix du défendeur. Ces différences dans l'application d'une même forme de procéder sont faites évidemment pour inspirer des doutes. La reiregarde ne s'accordait pas toujours, et pouvait, suivant les circonstances, être refusée par le juge; c'est ce qui résulte d'un arrêt sans date, cité dans les *Coutumes de Bordeaux*, § 173, p. 101; mais dans quel cas s'accordait-elle? C'est ce que je n'ai pu trouver nulle part.

(93) L'action en garantie jouait un grand rôle dans la procédure du moyen âge. Elle était admise non-seulement en matière immobilière, mais même en matière de meubles. La règle qu'en fait de meubles possession vaut titre, était alors inconnue, et n'a été introduite que plus tard dans le droit français. Voir *Etabl. de saint Louis*, liv. I, chap. XCI; *Stylus*

parlamenti, par Dubreuil; Beaum., chap. XXXIV, art. 11, 44 et autres; *Cout. d'Agen*, chap. XIII, et une foule de chartes. C'était, d'après le *Stylus parlamenti*, la troisième exception dilatoire de droit.

(94) La formule du serment, d'après les coutumes d'Agen, était ainsi conçue : *Que no o fa per defacha ni per mal genh.* Le triple renvoi, avec serment, était de jurisprudence à peu près générale; d'après Beaumanoir, ces délais étaient à l'appréciation du juge, mais ils ne pouvaient dépasser un an, chap. XXXIV, art. 44. — Le Code de procédure civile, art. 32, et 175, accorde un seul délai, *mais suffisant*, et laissé à l'arbitraire du juge.

(95) Les coutumes d'Agen exigent également la caution, mais dans un langage moins embarrassé. « Si le garant se présente, y est-il dit, il doit fournir caution; s'il la refuse, sa garantie ne vaut rien. » *S'il garents ve en la cort cum garents, deu fermar, et si fermar no vol, o no pot, no val sa garantia.* — Beaumanoir exige aussi *de bonnes seurtés d'estre à droit, id.*, art. 45, t. II, p. 26. Voir ci-dessus sur la caution judiciaire les paragraphes 9, 10 et 11.

(96) Conf. coutumes d'Agen. Il fallait bien arrêter les délais une fois.

(97) Le sens de cet alinéa est que le garant a lui-même un délai de trois termes, chacun de huit jours, pour appeler un nouveau garant. Les coutumes d'Agen sont muettes sur cette procédure de garant en garant.

(98) D'après les coutumes d'Agen, le garant qui accepte la garantie n'a droit à d'autre délai qu'au délai pour répondre. Tout autre délai et notamment le jour de conseil lui est refusé. *Id.*

(99) Le droit accordé à un garant de recourir lui-même à un autre garant, et ainsi de suite jusques à trois fois, ne se retrouve nulle autre part. Il est néanmoins assez juste; on comprend que, dans ce cas, il fallait suivre les mêmes formes. Pour éviter des délais frustratoires, on exigeait que le demandeur en garantie désignât nominalement la personne de son garant.

(100) La prolongation du délai dans le cas où le garant réside hors de la seigneurie s'explique d'elle-même. Cf. *Agen*, chap. XIII.

(101) Ce passage prouve que le délai du garant n'était pas de plein droit, et devait être l'objet d'un interlocutoire appréciant l'admissibilité du garant. C'est ce qui résulte d'ailleurs de ce passage de Beaumanoir : *S'il dit bonne reson par quoi li juges verrait que le garantie i appartient*, chap. XXXIV, art. 65, t. II, p. 38.

(102) J'ignore si la version est bien exacte; je n'ai pu retrouver le sens de ce mot.

(103) Dessaisi. La dessaisine différait de la force en ce qu'elle n'était pas accompagnée de la violence. *Id.*, voir ci-dessous, § 21.

(104) La force était le trouble accompli par violence, *si on me veut oster me cose a grant plenté de gens ou à armes.* Beaum., chap. XXXII, art. 2; t. I, p. 466.

(105) Ce passage se réduit à dire que si le demandeur se plaint d'un crime, cette accusation étant personnelle, il n'y a pas lieu à une action en garantie. S'il se contente au contraire de réclamer une chose, sans se plaindre de vol, l'exception est admissible. Cf. Beaum., chap. XXXIV, art. 42.

(106) Le droit romain. C'est ainsi qu'il est désigné dans tous les textes de cette époque dans son opposition avec le droit coutumier.

(107) Cf. Beaum., chap. XXXIV, art. 66, t. II, p. 38.

(108) Au lieu de huit. Les coutumes d'Agen conservent les délais ordinaires pour tous ces cas, sauf en matière de vol et de crime (*en questio de raubaria ni de crim no deu hom aver dia*), chap. VI et X.— Les dispositions des coutumes locales variaient beaucoup à cet égard. A Sérignac, quand le demandeur produisait un titre écrit, le défendeur n'avait que trois jours pour la réponse. Il en était de même pour le cas d'infraction à la paix ou *paix brisée*. Dans tous les autres cas, actions possessoires et criminelles, il n'y avait pas de délai, art, 10. inédit. — D'après une ordonnance sans date rapportée par Beaumanoir, il n'y avait pas de délai en matière de dessaisine ou de trouble. *Quant li claims est fet, li quens* (le comte) *doit contraindre la partie à connaître ou à nier*, chap. XXXII, art. 4; t. I, p. 467.

(109) Beaumanoir entre dans beaucoup de détails sur la profession d'avocat, telle qu'elle se pratiquait de son temps. Cette profession imposait alors les mêmes devoirs qu'aujourd'hui. L'avocat pouvait refuser une cause, mais si, la partie n'en trouvait aucun, le procès devait néanmoins suivre son cours, et le juge devait en désigner un d'office, chap. V, art. 19 et 20; t. I, p. 96 et 97. — Les coutumes d'Agen accordent un délai de huit jours, sans autre explication, chap. VI. — Celles de Sérignac s'expriment à peu près de même, art. 5, inédit. — Cahors, art. 80, *id.* — Dans les *Établissements de saint Louis*, on se contente de dire que les paroles de l'avocat engagent la partie, liv. II, chap. XIV.

(110) *Essoinera, s'excusera.* L'*essoine*, aujourd'hui *exoine*, en latin *essonia, essonium, sonnia, sunnis*, était une excuse légale proposée en justice. Beaumanoir a consacré à ces excuses un chapitre particulier, chap. II; t. I, p. 63. Il admet, pour l'avocat, quelques cas d'excuse, chap. V. art. 19.

(111) Ce serment, appelé *serment de calomnie, jusjurandum propter calumniam*, est emprunté au droit romain (Code, liv. II, tit. LIX, chap. I et II), dont cet article reproduit presque littéralement les termes. On le retrouve dans tous les documents judiciaires du moyen âge, et notamment dans Beaum., chap. VI, art. 30; t. I, p. 118, et les *Etabl. de saint Louis*, liv. I, chap. I. C'était après ce serment que le procès était qualifié de plaid régulier ou *plet ordené*.

(112) Le mot *calomnie*, qui aujourd'hui emporte un sens odieux, ne présentait autrefois d'autre sens que celui de contestation et de procès. De là le nom de *serment de calomnie* donné au serment purement litigieux. C'est ce qui résulte de ce passage du Code : « *In omnibus causis... ubi necessitas probationis incumbit, sancimus non aliter easdem probationes præstare compelli, nisi priùs, qui eas exposcit, juramentum de calumniâ præstiterit.* » Code, *loc. cit.*

(113) *Quod non calumniandi animo litem se movisse, sed æstimando bonam causam habere*, ibid. — La formule est donnée d'une manière plus explicite dans les Établissements : *Cil qui demande jurera que il croit avoir bonne quérelle et droite demande, et qu'il répondra droite vérité à ce que l'en li demandera selon ce qu'il croit, et qu'il ne donra rien à la justice, ne ne pro-*

metra por la quérelle ne aus tesmoins fors que les despens aus tesmoins nécessaires, ne n'empeschera les preuves de son adversaire, ne riens ne dira contre les tesmoins qui seront amenés contre lui qu'il ne croie que voir soi et qu'il n'usera de fausses prueves. Establ., chap. 1.

(114) *Reus autem non aliter suis allegationibus utatur nisi priùs et ipse juraverit quod, putans se bonâ instantiâ uti, ad reluctandum pervenerit.* Code, ibid.

(115) *In isto juramento adjiciendum est nullam in toto lite exacturum probationem, nisi quam pro veritate putat quis necessario esse exhibendam.* Ibid.

(116) *Quod nihil penitùs causâ patrocinii dederint judicibus, vel alicui personæ pro hâc causâ, vel promiserint, vel posteà dabunt, vel per se, vel per aliam personam.* Code, ibid.

Cil à qui l'en demandera jurrera qu'il croit avoir droit et bonne reson de soi défendre, et jurera les autres choses qui sont dites dessus. Établ., ibid.

(117) *Trahere,* amener, produire. On retrouvera une expression analogue dans l'article 153 du Code d'instruction criminelle : « La partie fera entendre ses témoins, si elle en a *amené* ou fait citer. » L'usage d'amener des témoins est aujourd'hui généralement abandonné. On les fait généralement citer.

(118) Ces trois délais, chacun de huit jours, sont également accordés par les *Coutumes d'Agen*, chap. VI ; cf. *Sérignac*, art. 11. — Les *Etablissements de saint Louis* n'accordent que deux délais : *Cil qui demande porra avoir deux jours, se il véaut, à prover, et non plus, ou longs ou cors, selong que les tesmoings seront loin ou pres.* Liv. De just. et de plet, appendice, art. 1.

(119) *Jusjurandi religione testes priùs quam perhibeant testimonium jamdudum artari præcipimus.* Code, liv. IV, tit. XX, l. 8 ; cf. Agen, chap. V. Beaumanoir donne ainsi la formule du serment : *Vos jurés, se Dix vos ahit, et li saint, et les saintes paroles qui sunt en cest livre et le pooir que Dix a en ciel et en terre, que voz dirés verité de ce qu'on voz demandera en le quérelle por le quele voz estes atrait en tesmognage, selong ce que voz en savés e sans menchongue ajousler, et que voz n'en mentirés por amor ne por hayne, por loier ne por promesse que vous en aiés eu, ne que voz en atendez à avoir, por peur, ne por crémeur de nului*, chap. XL, art. 6 ; t. II, p. 131. — Ce serment se retrouve en grande partie dans l'article 317 du Code d'instr. crim. *Jurat de dire vertat d'aquo dont seran traghs testimonis tant be per l'una part cum per l'autra.* Cout. d'Agen, chap. V.

(120) Ce mode d'audition est conforme à celui qui est indiqué dans les *Etablissements de saint Louis*. La partie désignait les témoins qu'elle voulait faire entendre, et les amenait avec elle. Le juge les entendait secrètement, comme fait aujourd'hui le juge d'instruction, recueillait leurs dépositions par écrit, et les faisait ensuite connaître aux parties qui pouvaient dès lors les combattre. *Et recevra li prevos les tesmoings... et let doit oïr secréement et tantost pueblier.* Etabl., liv. I, chap. I ; Cout. d'Agen, chap. V ; Sér., art. 12. — On ne trouve dans Beaumanoir aucun passage d'où l'on puisse induire le secret de cette audition. Ce secret, en effet, était contraire aux habitudes féodales qui permettaient d'arrêter le premier témoin en le *levant*, c'est-à-dire en l'appelant en duel, procédure qui implique la présence des parties. Le but du secret était précisément

de garantir le témoin contre cet appel aux armes, toujours fort désagréable pour lui. La procédure de nos coutumes substituait les reproches au duel, et c'est en cela que consistait son caractère novateur, qui ressort suffisamment de l'ordonnance de 1260 sur l'abolition des duels. L'article 2 de cette ordonnance porte, en effet, après cette prohibition, que si celui contre lequel on a produit un témoin a quelque chose à dire contre ce témoin, *l'en l'orra.*

(121) Les coutumes d'Agen ajoutent à l'éloignement du témoin les cas d'absence, de maladie, affaires commerciales et autres, laissant aussi au juge, dans ces cas, l'appréciation des délais, chap. v; cf. *Establ.*, ibid.; *Bordeaux*, art. 147.

(122) Le cas où le témoin appelé refuse de témoigner n'est pas prévu dans les *Etablissements*, mais il l'est dans les *Coutumes d'Agen*, chap. v. — Ces coutumes décident également qu'on peut le contraindre par voie de saisie. *Quant aucuns ne peut pas avoir ses témoins et il requiert as auditeurs qu'il li fassent venir, li auditeur y sont tenus.* Beaum., liv. XL, art. 26; t. II, p. 143. — L'obligation ainsi imposée aux témoins dérive du droit romain : *Invitus ad testimonium cogitur.* Code l. ult., *De fid. instr.*

(123) Les coutumes d'Agen portent à la place de ces mots *se laises*, ceux-ci, qui sont plus clairs : *no volia.* Cette différence fait supposer une erreur de copie.

(124) Allusion aux diverses justices et notamment aux justices censières qui pouvaient se trouver dans le même fief, et qui, en matière de procédure, se trouvaient assujetties aux coutumes de la terre. Voir ci-dessus, § 8, note (55).

(125) Ce passage est évidemment altéré, mais je n'ai pu le rectifier.

(126) Voir plus bas, art. 28, le coût de ces expéditions.

(127) *Et porrą dire contre les dits és tesmoins cil à qui l'en demande, se il puet, chose qui vaille.* Establ., liv. I, chap. I. — Le principe ainsi posé n'est autre que celui du droit de contraire enquête qu'il faut bien se garder de confondre avec les reproches.

(128) Il existait au treizième siècle deux espèces d'appel, l'un dit *pour faux jugement* et l'autre *par amendement.* L'appel *pour faux jugement*, qui était une véritable provocation adressée au juge, se réglait par le duel, et commença vers le milieu du treizième siècle à tomber en désuétude. Il répugnait tant aux parties qui devaient le soutenir au péril de leur vie, qu'aux juges obligés de risquer leur existence pour justifier leur bien jugé. L'appel *par amendement*, au contraire, emprunté au droit canonique, qui permettait de reviser les sentences prononcées (Beaum., chap. LXVII, art. 49; t. II, p. 471), se réglait par les errements écrits du procès; il fut introduit dans les domaines des rois de France par l'ordonnance de saint Louis en date de 1260, c'est-à-dire, dix ans avant la rédaction de la coutume de Larroque-Timbaut. Les prescriptions de cette ordonnance, sans être obligatoires ailleurs que dans les domaines royaux, prévalurent successivement partout à titre d'usage. Il semble même que la ville d'Agen eût pris les devants à cet égard, car on trouve l'appel par *amendement* ou *amélioration* (*deu melhurar*), inscrit au chapitre XI de ses coutumes, cha-

pitre qui, d'après la rubrique, ne fait que reproduire un usage ancien, *segon los ancians usatges*, et dont la rédaction même est, suivant toute apparence, antérieure à 1260. C'est probablement conformément à cet usage, beaucoup plus que pour obéir à l'ordonnance, que ce mode d'appel s'est étendu à presque toutes les villes municipales de l'Agenais, où on le retrouve à peu près dans des termes plus ou moins semblables. Voir ci-dessus, note (79).

(129) L'appel suivait les mêmes degrés que l'hommage. Il était donc naturel que le seigneur dominant de Larroque-Timbaut reçût les appels des seigneurs censiers de son fief. Voir ci-dessus, § 3, note 55. Il n'est pas aussi facile d'expliquer comment il pouvait connaître des appels de sentences rendues par son propre juge assisté des consuls. A Agen, au contraire, les consuls étaient juges d'appel, même pour les sentences rendues par le sénéchal. A Sérignac et dans d'autres lieux, on nommait, pour connaître des appels, un nombre déterminé de notables dont les fonctions duraient un an, art. 8. — Cette confusion accuse les efforts tentés pour se soustraire aux exigences de l'appel par bataille. Elle dut cesser lorsque l'appel par amendement, envahissant successivement toutes les juridictions féodales, rendit toutes ces combinaisons sans objet.

(130) Les consuls n'étaient d'ordinaire que les assesseurs du bailli. Ils pouvaient cependant avoir une juridiction propre par voie de prorogation volontaire.

(131) Les autres coutumes sont presque toutes muettes sur le délai. D'après les principes du droit féodal pur, l'appel devait être fait sur-le-champ, *ades*, et sur le prononcé. Beaum., chap. LXI, art. 47 ; t. II, p. 393. — Le délai était donc un relâchement ou une faveur au profit du perdant.

(132) Le droit de révision admis par le droit canonique, ne s'appliquait qu'aux interlocutoires et non aux jugements définitifs, *des jugements qui viennent par encosté, qui ne sont pas du principal.* Beaum., chap. LXVII, art. 29. — C'est par là que le droit de révision différait de l'appel introduit dans nos coutumes, appel qui pouvait porter sur les décisions de toute nature.

(133) C'est l'amende du téméraire appelant conservée par l'article 471 du Code de procédure civile. De nos jours, cette amende revient au Trésor. Au treizième siècle, où l'appel était dirigé non contre la partie, mais contre le juge exposé à soutenir ses jugements les armes à la main, cette amende lui fut attribuée, même après l'abolition de l'appel *par faux jugement* ou *par duel*. Conf. *Cout. d'Agen*, art. 11 ; *Sér.*, art. 8.

(134) C'est le principe de la taxe tel qu'il est encore appliqué de nos jours avec cette différence, que la partie qui la réclame est dispensée du serment. Le tarif en tient lieu. Voir pour la taxe *Cout. d'Agen*, chap. X et XII.

(135) On suit encore le même principe et l'intimé, quel que soit le résultat de l'appel, ne peut être condamné à l'amende. La raison en est simple. L'amende est la peine de la témérité, et il ne saurait y avoir témérité à soutenir une cause qu'on a déjà gagnée.

(136) Voir note 134 au paragraphe précédent.

(137) Ces actes et jugements ne sont que les mentions faites sur le livre déjà indiqué au paragraphe 16, et dont la tenue était obligatoire. Beaumanoir parle aussi de quelque chose d'analogue pratiqué dans les cours ecclésiastiques, mais il ajoute que cet usage n'était point suivi en cour laïque, chap. VI, art. 15; t. I, p. 107.

(138) Les notaires étaient investis du droit de délivrer des expéditions authentiques. Ils étaient à la fois au service du public et des tribunaux, cumulant ainsi, avec les attributions principales des notaires actuels, celles de nos greffiers. Ce n'est que plus tard qu'elles ont été séparées. La coutume de Larroque-Timbaut s'en est occupée dans un chapitre spécial auquel je renvoie tout ce que j'ai à dire à leur sujet. Je ferai seulement remarquer que, dans le tarif des notaires renfermé au chapitre L des coutumes d'Agen, il n'est question ni de minute ni d'expédition de jugements.

(139) Le sceau donnait le cachet de l'authenticité. Chaque seigneur avait son sceau dont il se servait pour donner ce cachet à ses propres actes ou à ceux qui intéressaient ses vassaux. Pour en faciliter l'apposition sur les actes qui lui étaient étrangers, le seigneur le remettait à son juge qui en retirait un profit. Dans les seigneuries importantes, telles qu'un comté ou un duché, ce sceau était confié à un agent particulier qui prenait le titre de garde du sceau. Le titre de garde des sceaux de France n'a pas d'autre origine.

(140) Les notaires du moyen âge n'étaient pas dans l'habitude de signer leurs actes, mais cette signature était remplacée par des espèces de monogrammes ou paraphes, conçus dans des formes bizarres, et auxquels on donnait le nom de *seinhal* ou *seing*. La trace de ce mot se retrouve encore dans ce que nous appelons les actes sous *seing privé*. On lit à la fin de la coutume de Prayssas (petite coutume) : *Ego que comunal notari... mon senhal i pausey lo qual es aitals... — Suit une espèce de paragraphe conçu d'une manière assez bizarre.* — Rev. hist. de droit franç., mars-avril 1860.

(141) On voit ici la différence entre les livres purement judiciaires et les conventions passées entre parties. Les actes du procès sont écrits tout au long : les conventions privées, au contraire, ne sont que sommairement mentionnées par *notas*, correspondant, du reste, aux répertoires actuels. Ces répertoires sont déposés aux greffes des tribunaux de première instance. Il résulte cependant des *Coutumes d'Agen*, chap. L, que ces notes devaient renfermer sinon l'acte entier, du moins les clauses les plus essentielles. *Ses tot mermament e ses tot acreisament e cum sera en la nota del paper.*

(142) Le tarif du manuscrit de Prayssas porte, au numéro 14 : *De quada brassa d'actas en paper III sols.* Le prix est le même. S'agit-il de la même chose? C'est difficile à savoir.

(143) *De examination de testimonis, II diners*, Prayssas.

(144) *De libel encorporar bailhat per l'actor deu aver l'escriva tant solament VI diners*, id.

(145) *De sententia escriota el paper, de quada part VI diners*, id.

(146) Ce mot signifiait à la fois *juridiction* et *peine*. Dans le langage habituel du moyen âge, le droit de justice était pris le plus habituellement

pour le droit de punir. C'est en ce sens qu'on disait, en conduisant un condamné : *laissez passer la justice du roi.*

(147) C'était l'amende du téméraire plaideur repoussée par notre droit comme contraire à la liberté de la justice. On y trouve la source du principe pratiqué jusques à la Révolution, qui met la rémunération du juge à la charge des parties : il y a cependant une différence entre cette amende et les épices. Cette amende était une peine, tandis que les épices étaient censées un don volontaire. Cette amende se trouve aux *Cout. d'Agen*, chap. X ; *Castelan.*, chap. XXVI ; *Sér.*, art. 3 ; *Ass. bourg*, chap. CCLIII et CCLIV. Edit. Fourlii.

(148) L'amende pour le défaut est prononcée par les *Cout. d'Agen*, chap. X ; *Castelan.*, art. 27 ; *Sér.*, art. 3 ; *Ass. des bourg*, chap. CVI et CXI, édit. Fouché, t. I, p. 190 et 201 ; *Establ.*, liv. II, chap. XXVI ; *Cout. de Normandie*, édit. Marnier, p. 66 et 196. — On peut considérer cette amende comme étant d'un usage général, usage qui s'explique par la nécessité de la comparution personnelle. La comparution par procureur a dû la faire disparaître.

(149) Les textes du droit romain qui traitent des excuses et des procureurs se trouvent au Dig., liv. II, tit. IV ; liv. III, tit. III ; et au Code, liv. II, tit. II et XIII ; nov. 96, §§ 1 et 71.— Dans tous les textes de coutumes, l'amende est toujours subordonnée au cas où la partie appelée n'invoquera aucune excuse. *Si per leial excusatio differe no s'en podia*, Agen, chap. X ; *pot lo dia desempleiar per ayps conoguts*, Sér., art. 4.— Beaumanoir a consacré un chapitre aux *exoines* ou excuses, et un autre aux procureurs.

(150) L'obligation de parcourir les rues de la ville, accompagné d'un agent chargé de proclamer la peine et la cause de la peine, n'était point spéciale au faux témoignage. On la trouvera plus bas appliquée à l'adultère.

(151) La peine du transpercement de la langue par un fer rouge paraît avoir été réservée aux crimes de la parole. Tout le monde connaît l'ordonnance de saint Louis qui la prononce contre les blasphémateurs.

(152) Dans Beaumanoir, la peine corporelle appliquée aux faux témoins est la prison accompagnée du pilori, chap. XXX, art. 45 ; t. I, p. 424. — D'après les *Etablissements de saint Louis*, cette peine était arbitraire : *Et est a savoir que faus tesmoins sera punis selon ce que li prevos verra que bien sera*, liv. I, chap. I. — Les coutumes d'Agen prononcent à la fois la promenade et la langue percée, mais il n'y est pas question de la *crida*,—Agen, chap. XXI. — A Sérignac, même peine, art. 14. — A Cahors, la peine corporelle était arbitraire, chap. XIV.

(153) Partout ailleurs, l'amende était arbitraire. *Sas causas son encorregadas al senhor*, chap. XXI ; Sérig., id. *Il demore en la volonté de la justice por l'amende.* Establ., liv. I, chap. VII. — Si est l'amende à la volonté du seigneur. Beaum., *ibid.*— Dans notre droit, les peines du faux témoignage sont graduées suivant la nature de la juridiction devant laquelle il a été fourni, et l'étendue présumée du préjudice causé, l. 6, art. 361 et suiv. — Ce système est conforme à celui qui se pratiquait avant la révolution. Ferr., *Dict. de pratique* v° FAUX TÉMOINS.

(154) Les coutumes d'Agen refusent aux faux témoins le droit de déposer en justice, *ibid.* — D'après la loi Julia, on devait refuser d'admettre en témoignage celui qui *ob testimonium dicendum vel non dicendum pecuniam accepisse judicatus vel convictus fuerit*, ff,, liv. XXIII, tit. v, l. 3, § 5; *id.*, Beaum., chap. XXXIX, art. 42; t. I, p. 106; Code pén,, art. 34, § 3.

(155) Pour être privé du droit de déposer, il n'était donc pas nécessaire qu'il y eût condamnation expresse, c'est du moins ce qui semble résulter de l'opposition de ces deux mots *probot o jutjat*, empruntés eux-mêmes à la loi romaine *judicatus vel convictus* dont ils sont la reproduction littérale.

(156) Les diverses dispositions de ce paragraphe, plus ou moins intelligiblement reproduites dans d'autres chartes de coutumes, exigent quelques explications générales. Pour les bien comprendre, il faut se reporter à l'article 1781 du Code Napoléon.

Aux termes de cet article, le maître, dans ses débats avec ses domestiques, en est cru sur son affirmation dans certains cas déterminés où on ne peut d'ailleurs avoir d'autre preuve, et qui sont : la quotité des gages, le payement des salaires échus et le montant des à-compte. C'est contre une disposition analogue que les seigneurs du moyen âge invoquaient à leur profit, et voulaient sans doute appliquer à l'ensemble de leurs rapports avec leurs vassaux, que cet article a pour but de protester. Mais ici naissaient des difficultés qui n'étaient pas sans quelque embarras.

D'après Beaumanoir, chap. XXXIX, art. 70, 71 et 72; t. II, p. 121, le roi et tout seigneur tenant baronie (et les seigneurs de Larroque étaient de ce nombre) avaient le droit de constater, dans des actes appelés *lettres*, toute espèce de conventions faites entre eux et leurs sujets ou vassaux. Il leur suffisait, pour donner à ces actes le caractère obligatoire, d'y faire apposer leur sceau, dont la seule présence suffisait pour faire foi tant pour eux que contre eux. *Ce vaut plein tesmognage por li et contre li.* C'était là un privilége exorbitant, analogue dans une certaine mesure à celui de l'article 1781, et qui devait soulever des protestations. Il importait donc de le réduire à de certaines limites, et c'est pour ce motif que les preuves résultant de ces lettres sont restreintes aux cas où il s'agit des actes d'un procès solennellement attestés par les juges eux-mêmes, et à ceux où les constatations étaient faites par chartes de notaire ou par lettres scellées d'un sceau authentique. C'était le moyen de les renfermer dans un cercle légal et restreint. En dehors de ces modes d'affirmation, le témoignage du baron ne pouvait pas être accepté.

Ce qui était exigé du baron, véritable souverain de la terre, devait l'être à plus forte raison des simples seigneurs censiers, dont le sceau avait moins d'importance. C'est ce que décide d'ailleurs le paragraphe suivant.

Cf. *Agen*, chap. x; *Bordeaux*, § 47; *Cahors*, art. 91.

(157) La dénégation ou *ni* du fief était le refus de reconnaître l'existence du bail à rente féodale. *E si plaghs era entre l senhor de feus en son feusater, que l feusaters li negues son feus.* Cout. d'Agen, chap. XLI. — A la différence des coutumes de Larroque, celles d'Agen, même dans ce cas, n'admettaient pas la preuve par la simple affirmation du seigneur. *Ibid.*

(158) L'amoindrissement. Abréger le fief, c'était l'amoindrir.

(159) Les oblies étaient les redevances annuelles ou cens.

(160) Cour vêtue, cour au complet ou suffisamment garnie de juges. Cette expression se retrouve fréquemment dans Beaumanoir.

(161) Ce passage fait allusion à la procédure orale. Les actes faits oralement devaient être rappelés, ou, comme on disait alors, *recordés* verbalement par la cour tout entière. On a d'autant plus de peine à s'expliquer cette allusion, que les divers articles relatifs à la procédure attestent la pratique constante de la procédure écrite. Le rédacteur l'aura sans doute introduite légèrement dans son texte, en l'empruntant à des textes plus anciens.

(162) Les actes communs ou les actes faits en commun par le juge et les consuls servant d'assesseurs.

(163) Le principe proclamé dans ce paragraphe, n'est autre que celui qui se trouve dans l'article 1626 du Code Napoléon. Je ne l'ai retrouvé dans aucun document contemporain formulé avec autant de netteté. Au fond, ce n'est que l'application des règles éparpillées dans les divers chapitres du droit romain sur les évictions. ff., liv. XXI, tit. I; Code, liv. VIII, tit. XLV.

(164) Le mot *héritage*, *heretat*, avait un double sens : il exprimait tout à la fois l'idée de *succession* et celle d'immeuble ou de nature d'immeubles. Il est pris ici dans ce dernier sens. Il faut, en conséquence, traduire ainsi : *quiconque vendra des terres ou autres droits immobiliers*. Beaumanoir entend par *héritage* tout ce qui porte un revenu annuel : *l'eritage si sont cozes qui ne poent estre mues et qui valent par anées aux seigneurs à qui ils sont*, chap. XXIII, art. 3; t. I, p. 332.

(165) Ce mot signifie ici *ayant cause*. On le retrouve plus habituellement dans le sens d'héritier institué. Voir Ducange, vis ORDINARE, ORDINATUS, INORDINATUS.

(166) On trouve dans le même manuscrit la copie d'un acte de vente relative à une seigneurie censière, et qui renferme la clause de garantie suivante : « Promet e autrejet que ferm e leial stipulatio per si e per sos « hereters e successors al predigh N. Per si e per sos hereters e succes- « sors stipulant e receben, far e portar bonna e ferma guirentia de la « proprietat e de la possessio e de par senhoria e de totas las personas « e de tots amparadors que forsa ni demanda o questio o controversia « o alcun autre contrast o alcuna turbatio o molestatio o violensa li fassa « o li moguisso en alcuna manera o per alcuna causa, a dregh o per las « costumas en alcun loc ni en alcun temps. »

(167) *Autant et mieux* que s'il y avait eu convention expresse.

(168) Le mot *feus* ou fief, est toujours employé dans ce texte pour exprimer une terre donnée à rente féodale ou fief roturier. C'est ce qui résultait déjà des observations présentées au paragraphe 8, note 55.

(169) Cette formule, qui rappelle l'ancienne formule *de par le roi*, que tous les actes rédigés en latin rendent *per dominum regem*, se retrouve dans plusieurs autres textes romans, *lo deu autreiar de part senhoria*. Cout. d'Agen, chap. XXXIX. — La forme *part* au lieu de *par* m'a fait présumer que ce mot provenait du mot *partir*, *diviser*, *partager*. Le seigneur censier

qui disposait de sa terre au profit d'un tenancier en ne se réservant que le domaine honorifique et indirect *divisait*, en effet, son droit; du bail à rente féodale cette formule a pu passer aux autres actes de l'autorité publique et devenir de forme, comme il est arrivé pour tant d'autres formules. La garantie *de part senhoria* est évidemment ici celle qui a pour objet d'assurer au tenancier qu'aucun autre seigneur ne lui réclamera les droits dérivant de la seigneurie. Cette application semble venir à l'appui de mon hypothèse.

(170) Cette faculté d'aliéner créait deux véritables propriétaires : l'un direct, ayant ce qu'on appelait le domaine utile, percevant les fruits et transmettant son droit par toutes les voies régulières de transmission ; c'est celui auquel on donne le plus ordinairement le nom de *tenancier*, parce qu'il tenait la terre d'un autre ; on l'appelle aussi *censitaire*, à cause du *cens* annuel attaché à la possession, mais ce nom ne convient guère dans les provinces méridionales, où ce qu'on appelait *cens* se nommait *oblies*. Enfin, on le nomme aussi *feudataire*, et presque toutes les chartes de coutumes ont adopté cette appellation ; mais j'ai évité de m'en servir pour éviter toute équivoque, ce mot *feudataire* ayant passé depuis longtemps dans la langue historique pour exprimer les propriétaires de fiefs nobles et même des grands fiefs. C'est ainsi que les plus grands vassaux de la couronne sont habituellement désignés sous le titre de grands feudataires. L'autre propriétaire conservait simplement le droit de percevoir un cens annuel accompagné de quelques prérogatives. C'est ce qu'on appelait le domaine direct ou honorifique. Ce propriétaire ainsi restreint recevait habituellement le nom de *seigneur censier* ; *seigneur*, parce qu'il conservait certaines prérogatives féodales ; *censier*, parce qu'il y joignait le bénéfice d'un cens annuel. J'ai expliqué plus haut la différence entre un *seigneur censier* et le *seigneur dominant* ou *haut justicier*. Un seigneur dominant pouvait et devait même être en même temps *censier* dans quelques parties de sa seigneurie. S'il en eût été autrement, ses revenus, sans lesquels il n'aurait pu soutenir son rang, se seraient réduits à presque rien.

(171) *Léguer*, forme romane du mot latin *legare*, et d'où est venu notre mot *laisser*, aujourd'hui synonyme d'*abandonner*.

(172) Le droit de vendre et d'aliéner, fondement de la liberté civile, est inscrit dans presque toutes les chartes de coutumes dont il forme la base essentielle, et, pour ainsi dire, le dogme civil et fondamental. Il était inutile de le mentionner dans les villes qui, comme celles d'Agen, en jouissaient depuis un temps immémorial. Aussi n'est-il rappelé dans les coutumes de cette ville que par les règles relatives à son application. Mais il est toujours formellement rappelé dans les villes d'émancipation récente. Voici ce qu'on lit dans les coutumes de Castelamouroux, art. 9, inédit, 1287 : *Quod habitantes loci possint emere et recipere in censum, aut res immobiles dare*. Je pourrais multiplier les citations sans fin.

(173) On désignait ainsi le seigneur de l'Agenais, ce qui faisait trois espèces de seigneurs hiérarchiquement superposés : 1° le seigneur général de la terre, prenant partout ailleurs le titre de duc, de comte ou même de vicomte, mais dépourvu de titre dans des domaines qui, comme l'Agenais,

appartenaient à des princes déjà pourvus de titres plus élevés, tels que ceux de ducs ou de rois. Cette terre, en effet, appartenait en 1270 à Alphonse, déjà comte de Poitiers et de Toulouse. Voilà pourquoi il n'est désigné ici que sous la qualité de *seigneur majeur*; 2° le seigneur principal et spécial du fief, correspondant à ce que les *Etablisssements de saint Louis* appellent *le baron* ou *li bers*, dans l'espèce, les co-seigneurs de Larroque; 3° les seigneurs censiers, désignés sous les noms divers de chevaliers, donzels, gens de parage, titres indiquant la noblesse de leur naissance ou leur rang dans la chevalerie.

(174) Cette prohibition était loin, comme on serait tenté de le croire, sur une simple apparence, d'être une disposition libérale. Elle était, au contraire, une grave atteinte apportée au droit de disposer, atteinte dérivant de la nature spéciale du contrat à rente féodale. Le tenancier ne pouvait aliéner sa terre qu'avec les charges dont elle était grevée, charges en partie réelles, et en partie personnelles. Il répugnait au régime féodal, non-seulement qu'un roi, un comte ou un baron, mais un simple gentilhomme, pût être appelé à jouer vis-à-vis d'un seigneur censier le rôle humble de tenancier. Il répugnait encore davantage à ce seigneur d'avoir des tenanciers pareils, à l'égard desquels il se trouvait; à raison de leur position, à demi désarmé. C'est là le véritable motif de la prohibition. Le paragraphe 15 ci-dessus contient une autre application du même principe. D'après les coutumes d'Agen, le seigneur était dispensé d'agréer ces sortes d'aliénations, chap. XXV. — La coutume de Sérignac admet, il est vrai, ces aliénations, mais à la condition que l'acquéreur s'en dessaisira dans l'an et jour, art. 56. — Ces règles conservatoires du principe féodal étaient, à ce qu'il semble, assez fréquemment violées, car on trouve souvent des barons et même des rois payant des redevances pour des terres roturières à l'origine. Le seigneur, *senes meja*, sans intermédiaire, était celui dont le tenancier tenait nuement.

(175) Le retrait était dans l'ancien droit la faculté de retirer, moyennant remboursement, un immeuble aliéné. Cette faculté était accordée, par le droit commun, aux parents et aux seigneurs. Elle n'existe plus aujourd'hui qu'entre cohéritiers et pour la vente d'un droit successoral, art. 841, Code Nap. — Le mot *torn*, par laquelle le retrait est désigné ici, paraît venir d'un vieux mot traduit en latin par *turnus*, et dont nous avons fait *retourner*. Voir Ducange, v° TORNARE. — On l'appelait plus particulièrement *retractus per bursam* ou *turnus per bursam*, à cause du remboursement qui en était la condition essentielle. Beaumanoir l'appelle *rescousse d'héritage*, chap. XLIV. — On lit dans les *Cout. d'Auch*, art. 60, *Ratione tornariæ*, *res tornatæ*. Agen, chap. XXXVIII, *Torner si i avia, retener per torn*. Bordeaux, § 85 et suiv. *Demandar torn*. Ce mot était donc d'un usage général dans le Midi.

(176) Ces mots ont pour objet de distinguer la vente du domaine grevé de cens de celle qui s'opérait par la cession à charge de surcens, et dont il sera question plus bas. La *vente pure* était la vente faite dans les conditions normales.

(177) Le retrait lignager ou *torn*, était, sans contredit, le plus grave

obstacle apporté soit par le régime féodal, soit par le régime antérieur, à la libre transmission des biens. L'origine de ce droit paraît devoir être attribuée à une espèce de copropriété appartenant primitivement à toute la famille du possesseur d'un immeuble. En parcourant, en effet, divers cartulaires anciens, et notamment celui de Saint-Père de Chartres, j'ai été frappé de deux circonstances qui m'ont paru explicatives de l'origine de ce retrait. La première est celle-ci : dans tous les actes de donation ou de vente, on a toujours le soin de faire intervenir, outre le donateur et le vendeur, sa femme et ses enfants de tout sexe et de tout âge; la seconde, c'est que toutes les contestations soulevées à propos des objets vendus ou donnés proviennent habituellement ou de fils qui, suivant toute apparence, étaient à l'état de minorité au moment des actes, ou de gendres qui soutenaient d'ordinaire que l'adhésion donnée par leurs femmes n'avait pas été libre; j'en ai conclu que la propriété patrimoniale était, à cette époque, c'est-à-dire du neuvième au onzième siècle, réputée commune, et que, dans les idées juridiques du temps, on la faisait reposer au même titre sur chaque membre de la famille. Le principe de cette communauté dut tomber lentement en désuétude; la dérogation commença dans les hautes régions. Elle dut porter tout naturellement sur le fief noble qui, étant moins une propriété privée que l'exercice d'une fonction héréditaire et patrimoniale, exigeait l'intervention directe et individuelle du chef de famille. Elle s'étendit de là à tous les autres immeubles et même aux meubles. Les fiefs roturiers suivirent le sort des fiefs nobles, et, à l'exemple des familles nobles, les familles simplement libres repoussèrent le principe de la communauté. D'après Beaumanoir, en effet, ce principe ne s'appliquait plus, au moins de plein droit, qu'aux *gens de pooté*, et son application révélait un état voisin du servage, chap. XXI, art. 8; t. I, p. 307. — Mais le retour à la propriété individuelle ne fit pas cesser tout ce que le régime antérieur avait fait naître. Tant que la communauté avait subsisté, chaque membre de la famille avait pu s'opposer à la vente soit avant, soit après le décès du vendeur. Il est probable que, pour éviter toute opposition, les acheteurs contractèrent l'habitude d'offrir aux parents l'option soit de prendre pour eux l'immeuble vendu, à la charge de satisfaire le vendeur, soit de ratifier la vente. Plus tard, la ratification dut être considérée comme résultant du silence. Ce système satisfaisait à la fois tous les droits, et c'est celui qui, sous le nom de retrait lignager, a survécu au principe même de la communauté qui l'avait rendu nécessaire.

D'après ce paragraphe, pour exercer le retrait, il fallait seulement deux conditions : 1° être parent jusques au quatrième degré; 2° être membre de la communauté ou du *sacrament*. Moyennant ces conditions, on pouvait réclamer la préférence sur l'acheteur; seulement cette préférence devait être réclamée, pour le parent présent, dans les quinze jours après la publicité donnée à la vente, et pour l'absent, dans l'année après cette publicité. La première de ces conditions, c'est-à-dire la parenté, était nécessaire partout, puisque c'était la condition même du retrait. C'est ce qui fait dire à Beaumanoir : *Qui veult rescorre* (retraire) *héritage, il doit prover qu'il est du lignage a celi qui le vendi*, chap. XLIV, art. 7; t. II, p. 189.

— Mais ce jurisconsulte ajoute immédiatement qu'il fallait prouver en outre que l'immeuble vendu était provenu au vendeur par succession du côté de sa ligne : *que li héritages muet du costé dont il apartient au vendeur*, id. — Quant au degré de parenté, Beaumanoir va jusques au septième, *id.*, art. 12.— Les coutumes d'Agen sont conformes ; elles admettent le retrait quel que soit le degré de parenté, *en qualque manera sia sos parents*, chap. XXXVIII ; et exigent que cette parenté soit du côté de la ligne : *no a torn per retener si no era estat de sos linhatge*, ibid. Voir aussi *Cout. de Sérignac*, art. 54 et 55 ; *Bordeaux*, § 85 et suiv. — On voit par ces citations que l'Agenais, quoique pays de droit écrit, admettait les retraits contrairement à ce qui a été dit à ce sujet. Voir Ferr., *Dict. de prat.*, v° RETRAIT LIGNAGER. — Le délai variait suivant les lieux.

(178) Le retrait seigneurial ou censuel, dont il est ici question, ne s'exerçait donc qu'à défaut du retrait lignager. Les coutumes d'Agen le disent expressément, — chap. XXXVIII, et c'était un principe généralement admis. Les huit jours pour délibérer étaient également de droit commun.

(179) La prestation du serment restait subordonnée à l'appréciation de l'acheteur, qui restait libre de l'exiger ou de ne pas l'exiger. Cf. *Agen*, chap. XXXVIII. — Beaumanoir est muet sur le serment. Le but de ce serment est facile à saisir. On ne voulait pas que ce retrait pût être une source de spéculation. Les coutumes d'Agen le disent expressément.

(180) Littéralement *table*. On appelait *tables* les registres servant à inscrire soit les actes, soit les titres de propriété. Suivant toute apparence, le sens de cette locution s'étendit à l'ensemble des propriétés décrites sur ces tables, et le mot *taula* exprima l'ensemble des droits consacrés par ces inscriptions, comme le mot *mensa* désignait tous les droits attachés à la possession d'un bénéfice. Ducange a omis de comprendre cette acception parmi les diverses acceptions du mot *tabula*. Les coutumes d'Agen se servent également de ce mot : *Que per sa taula o rete*, chap. XXXVIII.

(181) Dans le contrat à rente féodale, le seigneur était toujours intéressé. Ce contrat, en effet, entraînait des obligations personnelles qu'il ne pouvait lui être indifférent de laisser à la charge du premier venu. D'ailleurs, d'après une fiction résultant d'un usage primitif, la concession n'était censée faite qu'au profit du concessionnaire direct, et devait se renouveler à chaque mutation. Le seigneur devait en conséquence approuver, ou, comme on disait alors, octroyer le changement ; dans ce but on se présentait devant lui pour obtenir cet octroi ou investiture, et le seigneur se faisait payer sa complaisance au moyen d'un droit variable, suivant la nature de la mutation.

(182) Pour être tenu en franchise suivant les coutumes, c'est-à-dire sans autres charges que celles résultant de ces coutumes.

(183) Sans procès, c'est-à-dire, probablement, sans recourir à une décision judiciaire.

(184) Défaut, retard injustifié.

(185) *Sos capsols, so es assaber, I diner de cada XII diners*, Cout. d'Agen, chap. XXXVIII. — Le douzième denier ou environ 8,33 pour 100. *Capsol, capsoos, capsools*, en latin *capsoldum, caput solidum*, et en français *chef-*

sol (voir Ducange, v° CAPUT SOLIDUM), était le droit proportionnel de vente. La locution primitive a dû être *pro capite solidum*, et de contraction en contraction *capsol*. Ce mot tomba en désuétude et on le remplaça par celui de *ventes* (lods et ventes).

(186) Le sens de ce passage n'est pas que l'acheteur paye immédiatement les *acaptes*, mais qu'il reste soumis à leur payement en temps et lieu. L'acapte, *accaptamentum*, *accaptagio* (voir Ducange, v° ACCAPITARE), était un droit de mutation perçu à chaque changement soit du seigneur, soit du tenancier. A une époque où le sens des mots paraît n'avoir pas toujours été précisé, il ne serait pas étonnant qu'on l'eût confondu quelquefois avec le *capsol*. Cependant on l'en distingue le plus souvent. Voir Boutaric, *Droit seign.*, chap. VI, p. 248. — L'usage de ce mot paraît avoir été spécial aux contrées méridionales.

(187) L'oblie était le cens annuel. On l'appelait ainsi du mot *oblare*, *offrir*, probablement parce qu'elle était apportée spontanément au domicile du seigneur, c'est-à-dire offerte par le prestataire. Le mot *cens*, qui en est l'équivalent, a prévalu dans l'usage. On retrouve cependant les *oblies* dans Boutaric, *Traité des droits seigneuriaux*, chap. XV, p. 651, édit. 1747, sous le nom de droit d'*oubliage*. On voit par la définition qu'en donne ce jurisconsulte que le sens de ce mot s'était complétement transformé.

(188) On a de la peine à comprendre en quoi consistait cette garantie, sinon en un engagement à protéger le possesseur contre les entreprises d'une usurpation, devoir déjà compris dans l'obligation imposée au juge de faire respecter le droit. On ne la retrouve pas dans le texte des coutumes d'Agen.

(189) La perception du droit de vente se faisait sur la déclaration du tenancier, vendeur. *Despoiss que l feuzater se sera presentat devant la senhor*. Cout. d'Agen, chap. XLVI.

(190) Ce principe, d'après lequel les ventes même résolues donnent lieu à des droits, devait être de jurisprudence générale. On le retrouve dans les *Cout. d'Agen*, chap. XLVI. — D'après Boutaric, il régnait encore au dix-huitième siècle, p. 193.

(191) Le passage en italique manque entièrement au texte, ce qui le rend inintelligible. Je l'ai restitué à l'aide d'un passage du chap. XLVII des coutumes d'Agen, qui traite, non du même cas, mais d'un cas analogue. Le principe qui attribue à chaque seigneur, au *prorata* de son droit, une portion des droits de vente, est trop clair par lui-même, pour qu'il soit nécessaire d'entrer en explication.

(192) Le *surcens* était un cens enté sur un cens précédent. La définition que j'en ai donnée à la note 1re du chap. XLIV des coutumes d'Agen est incomplète. Je dois en conséquence la compléter. Cet accroissement de cens est désigné dans Ducange sous les noms de *census crescens*, *census capitalis*, *supercensus*. Beaumanoir l'appelle *cens costier*. Quoique tombé en désuétude en divers lieux au temps de Denisart, il est néanmoins indiqué par ce jurisconsulte sous le nom de *croix de cens*, v° CENS, n° 8.

Le tenancier, propriétaire d'un immeuble à lui cédé sous la condition d'un cens annuel, pouvait, au lieu de vendre la terre, comme il en avait

le droit, aux mêmes conditions dont il était lui-même tenu, emprunter sur cet immeuble et consentir le payement d'une rente annuelle, ayant les apparences d'un cens sans en avoir les caractères légaux. Cette rente formait ce qu'on appelait le *surcens*, c'est-à-dire un accroissement de cens primitif. De là le nom de *census crescens* et de *croît* ou *croix de cens*. C'est ce que Beaumanoir explique ainsi : *Si comme ils ont vendu à un preudhomme sor lor manoirs deniers de rente, ou sor lor héritage*, chap. XXIV, art. 20; t. I, p. 349. — Cette stipulation qui n'était, à vrai dire, qu'une constitution de rente entée sur un bail à rente féodale, ne devait pas, ainsi que le dit ce jurisconsulte, effacer le cens primitif, et chacun d'eux devait subsister avec le caractère qui lui était propre.

Il y avait aussi un autre cas, celui dont je m'étais exclusivement préoccupé dans ma note sur le chap. XLIV des coutumes d'Agen. Le tenancier pouvait, moyennant une somme déterminée, céder à un autre tenancier la terre qu'il possédait avec charge d'une rente féodale, en imposant à son cessionnaire une rente plus forte que celle qu'il devait lui-même. C'était encore une constitution de rente au profit du cédant, mais le résultat était toujours le même, en ce sens que le nouveau tenancier devait toujours deux rentes, c'est-à-dire le cens et le surcens. Beaumanoir s'exprime ainsi au sujet de cette autre forme de surcens : *Ou si comme aucuns baille à sorcens à autrui ce qu'il tenait à droit chens d'autrui seigneur*, ibid. — Dans ce cas comme dans l'autre, il y avait un seul et même créancier pour deux rentes différentes. C'était dans la pratique un grave embarras, que le seigneur censier était toujours maître d'arrêter en exerçant le retrait au moment de la constitution de la rente accrue, mais qu'il n'arrêtait pas toujours, parce qu'il lui en aurait trop coûté; dans ce cas le surcens pouvait singulièrement lui nuire, en ce sens que le tenancier, obligé de payer des rentes trop considérables, pouvait laisser son domaine et même l'abandonner, privant ainsi le seigneur de tout tenancier et par suite des moyens de se faire payer sa propre rente. C'est ce que Beaumanoir explique avec beaucoup de clarté, *ibid.* — De là des mesures restrictives, ou tout au moins la nécessité d'une règlementation pour sauvegarder le droit seigneurial; dans certaines coutumes, on évitait tous ces embarras en prohibant formellement le surcens. Celle de Larroque maintient les surcens déjà créés, mais elle pose des conditions pour ceux qui sont à créer dans l'avenir. D'après Beaumanoir, *une nouvelle coutume* voulait qu'il n'en pût être établi sans l'autorisation du seigneur.

Des deux modes de surcens indiqués par Beaumanoir, la coutume de Larroque ne s'arrête qu'à un seul, celui qui est relatif à la substitution d'un sous-tenancier au tenancier direct. Dans l'autre cas, celui où le tenancier se charge lui-même d'un accroissement de rente, la situation était trop nette pour soulever des difficultés. Il n'en était pas de même dans le cas de la substitution, car le sous-tenancier qui n'avait pas reçu directement du seigneur, pouvait ou négliger ou ignorer ce qui revenait à l'un plutôt qu'à l'autre, ce qui constituait un cens et ce qui n'était qu'un surcens. Ici, il y avait donc des précautions à prendre, et ces précautions n'avaient peut-être pas été bien prises dans les surcens précédemment établis. Il impor-

tait en conséquence de les prendre pour l'avenir. Elles se réduisaient à trois : 1° le bailleur à surcens devait retenir, réserver ou fixer sur le montant total de la rente une portion correspondante au taux de la rente principale. Cette portion s'appelait *capfeus* ou *chef-cens ;* 2° le constituant ne pouvait se dessaisir de ce *chef-cens*, par voie d'aliénation ou autrement, sans se dessaisir en même temps de toute la terre, c'est-à-dire sans présenter un tenancier direct à sa place. Cette situation le maintenait irrévocablement sous l'action directe du seigneur ; 3° ce seigneur devait intervenir dans la constitution de la sous-rente, de manière à lui permettre de veiller sans cesse sur ses intérêts et de prévenir une confusion dont il pouvait avoir à redouter les effets. Cette intervention avait encore un autre but. La stipulation d'un surcens cachait presque toujours une vente, et le seigneur profitait de cette intervention pour percevoir des droits de mutation. Toutes ces règles ressortent des deux paragraphes qui suivent, et plus particulièrement du chap. XLIV des coutumes d'Agen où elles sont exposées avec plus de détail.

(193) D'après les coutumes d'Agen, le chef cens réservé doit être égal au montant de la rente primitive : *si alcuns hom vol sobre afeuzar feus que tenga a la costuma d'Agen pot o far ab que si retenga cap-feus ab que l'usatges que issera d'aquel cap-feus pusca valer cada an tant cum las oblias del meiss feus seran cada an.* Cette règle paraît plus naturelle que celle qui résulte d'une appréciation à faire par les consuls.

(194) Le sens de ce dernier membre de phrase est : *afin que le seigneur puisse toujours exercer son retrait.*

(195) Le seigneur dont la rente n'était point payée avait des moyens coercitifs d'une nature particulière et dont il sera question plus bas. Mais le bénéficiaire du surcens, qui n'avait en définitive qu'une rente foncière et sans priviléges, jouissait-il de ces moyens ? Il est au moins permis d'en douter ; c'est même probablement parce que ces moyens n'existaient pas, qu'on faisait toutes ces distinctions. Elles se sont effacées avec le temps et existaient à peine au temps de Dumoulin, *Comm. sur la cout. de Paris*, art. 71, et de Loyseau, *Du déguerpiss.*, liv. I.

(196) Le sens de cette dernière disposition, autant qu'il est permis de la comprendre, est que le surcens stipulé, à défaut de réserve, ou en cas d'aliénation du chef-cens, revient tout entier, par voie de retrait, *retornar*, au seigneur censier, sans aucune distinction. Les coutumes d'Agen, qui ne sont guère plus intelligibles sur ce point, paraissent devoir être interprétées de la même manière.

En résumé, cette matière est la plus obscure de toute la coutume ; les termes de comparaison manquent, et les jurisconsultes du seizième et du dix-septième siècle se sont mis fort peu en peine de l'éclaircir.

DE L'ESCLAVAGE CHEZ LES ROMAINS.

Idées générales.

CHAPITRE Ier. — COMMENT DEVENAIT-ON ESCLAVE ?

A. Par la naissance.

B. Par des événements postérieurs à la naissance.

a. Par la guerre.

b. En vertu du droit civil.

1° Cas où l'on ne s'était pas fait porter sur les tables du cens.

2° Vol manifeste.

3° Débiteur insolvable.

4° Sénatus-consulte Claudien (deux chefs).

5° Certaines condamnations.

6° Affranchi ingrat envers son patron ; réformes introduites sur ces divers points.

CHAPITRE II. — EFFETS DE L'ESCLAVAGE.

Première section. — Rapports de l'esclave avec la cité.

A. L'esclave était, en général, exclu de toute participation au droit public, politique et privé.

B. L'esclave était-il une chose ?

C. Principes applicables à l'esclave en matière criminelle.

a. Esclave accusé d'un crime.

b. Esclave cité comme témoin.

c. Sénatus-consulte Silanien.

d. Application des peines contre l'esclave.

e. Adoucissements introduits par les empereurs chrétiens.

Deuxième section. — Rapports de l'esclave avec la famille.

Troisième section. — Rapports de l'esclave et du maître.

A. L'esclave figurait dans le patrimoine du maître qui avait droit de vie et de mort sur lui ; modifications sous l'empire.

B. Il était un instrument d'acquisition pour son maître.

a. Droits réels.

b. Droits de créance.

c. Droits de possession.

d. Esclaves héréditaires.

e. Conséquences pour les maîtres de l'acquisition de la possession.

C. L'esclave pouvait faire l'objet d'une translation de propriété ou d'autres droits réels.

D. Entre le maître et l'esclave pas de relations de créancier et de débiteur, du moins *jure civili*.

a. Contrats; point de vue prétorien ; obligation naturelle.

b. Délits.

Quatrième section. — Rapports du maître et des tiers.

A. Effets des obligations contractées par l'esclave; *contractu* ou *quasi-contractu.*

B. Actions que le maître pouvait avoir contre les tiers à raison de ses esclaves.

a. Délits commis envers l'esclave.

C. Actions données contre le maître à raison des délits de l'esclave.

D. Aliénation de l'esclave en imposant des conditions à l'acheteur.

a. Conditions défavorables.

b. Conditions favorables.

E. Vente des esclaves; édit des édiles curules.

Cinquième section. — Rapports de l'esclave et des tiers.

CHAPITRE III. — ACTIONS QUI NAISSAIENT A PROPOS DE L'ESCLAVAGE.

A. *Liberales causæ*; principes.

B. Formes de ces procès.

a. Actions de la loi.

b. Procédure formulaire.

c. Procédure *extra ordinem.*

C. Réformes de Justinien: questions diverses.

CHAPITRE IV. — MANIÈRES DONT L'ESCLAVAGE PRENAIT FIN.

A. Affranchissement.

a. Modes solennels et non solennels.

b. Intérêt de distinguer entre ces modes.

c. Limites apportées aux affranchissements.

d. Esclave appartenant à plusieurs maîtres; soumis à l'usufruit.

e. Réformes introduites sous le Bas-Empire.

f. Affranchissements testamentaires.

g. Décisions nombreuses favorables à la liberté.

h. Affranchissement forcé.

i. Affranchissement impossible.

j. Affranchissements produits par des motifs religieux.

B. Prescription.

Appendice.

a. Personnes *in mancipio.*

b. *Nexus.*

c. *Addictus.*

d. *Redemptus.*

Conclusion.

IDÉES GÉNÉRALES.

Les jurisconsultes romains divisaient toutes les personnes en libres et esclaves; c'était là ce qu'ils appelaient une *summa divisio* [1].

[1] Gaius, Comm. I, § 9; Inst. de Just., pr. du titre III, liv. I.

Ils définissaient l'esclavage : « *Servitus est constitutio juris gentium, qua quis dominio alieno contra naturam subjicitur* [1]. »

Cette définition, donnée par un jurisconsulte contemporain de Papinien, de Paul et d'Ulpien, contient tout à la fois une idée fausse, la justification de l'esclavage (*constitutio juris gentium*), et une idée vraie, la critique de cette institution (*contra naturam*). Elle indique bien l'état des esprits au temps de la belle époque de la jurisprudence romaine.

Les jurisconsultes restés païens voulaient justifier l'esclavage, et partant d'un principe erroné, ils arrivaient à des conséquences iniques.

La guerre, disaient-ils, donne au vainqueur le droit de tuer le vaincu ; si ce dernier est épargné (*servatus*), on le réduit en esclavage, et il est dit *servus*. « *Servi ex eo appellati sunt, quod imperatores captivos vendere, ac per hoc servare, nec occidere solent* [2]. » C'est donc là, ajoutaient-ils, une institution du droit des gens, car la guerre est usitée chez tous les peuples, et dans toutes les nations on rencontre des esclaves. A ce point de vue, « *servitus est constitutio juris gentium.* »

Mais cette institution, ils étaient forcés de le reconnaître, est contraire au droit naturel (*contra naturam*), car, d'après la nature, tous les hommes naissent libres. « *Cum jure naturali omnes liberi nascerentur* [3]. »

Cette pensée vraie, et qui tôt ou tard devait faire tomber l'esclavage, où l'avaient-ils puisée? Il est, pensons-nous, facile d'en indiquer la source.

Cicéron, s'inspirant de la philosophie grecque et des grands principes d'humanité, avait déjà proclamé quelques sentences favorables aux esclaves, mais il en était resté à des principes assez vagues et purement spéculatifs.

Quelques années après la mort de ce grand génie, le fait le plus considérable qui se soit jamais présenté dans l'histoire du

[1] Florentinus, Digeste, *De statu hominum* (liv. I, tit. V, loi 4, § 1) ; Inst. de Just., liv. I, tit. III, § 2.

[2] Florentinus, Digeste, liv. I, tit. V, loi 4, § 2; Inst. de Just., liv. I, tit. III, § 3. — On appelait aussi les esclaves *mancipia* « *eo quod ab hostibus manu capiuntur.* » Mêmes textes.

[3] Ulpien, Digeste, *De justitia et jure*, liv. I, tit. I, loi 4 ; Inst. de Just., liv. I, tit. V, pr.

monde, se passait dans la Judée. Jésus-Christ mourait sur la croix, et Rome entendait prêcher la doctrine chrétienne. L'apôtre des Gentils la formulait en enseignant que tous les hommes, sans aucune distinction, nés d'un même père, tous rachetés par le sang d'un Dieu, étaient soumis aux mêmes préceptes.

Dans son épître aux Galates (III, 28), saint Paul s'exprimait ainsi : « *Non est Judæus, neque Græcus; non est servus, neque liber; non est masculus neque femina.* OMNES ENIM VOS UNUM ESTIS IN CHRISTO JESU ; » déjà le divin maître avait dit : « *Unus est enim pater vester qui in cœlis est*[1]. » Saint Paul, dans d'autres endroits, reproduit la même pensée, entre autres, dans son épître aux habitants de Colosse (III, 11) : « *Non est Gentilis et Judæus... barbarus et Scytha*, SERVUS ET LIBER : SED OMNIA ET IN OMNIBUS CHRISTUS. » Dans son épître aux Corinthiens (XII, 13) : « *Et enim in uno spiritu omnes nos in unum corpus baptizati sumus, sive Judæi, sive Gentiles, sive servi, sive liberi : et omnes in uno spiritu potati sumus.* » Voir la cinquième conférence de 1859, du père Félix, sur l'égalité : « L'égalité devant le droit et la justice a trois bases : unité d'origine, d'où rejaillit sur tous les enfants d'Adam l'illustration d'une même paternité ; l'unité de destinée, qui nous garantit le même droit à la possession de Dieu, et nous impose la même responsabilité devant la justice de Dieu ; l'unité dans le médiateur, qui, nous faisant tous un en Jésus-Christ, nous donne par la communauté de cette vie trois égalités qui n'en font qu'une : égalité dans la doctrine, égalité dans l'obéissance, égalité dans l'amour. »

Saint Paul a-t-il communiqué directement cette nouvelle doctrine aux philosophes et notamment à Sénèque ? C'est là un point discuté, mais on ne peut être taxé de témérité en affirmant que cette doctrine n'a pu être enseignée publiquement dans la ville de Rome, sans que les philosophes en aient entendu parler. Assurément, aux premiers siècles de l'Eglise, l'observateur attentif dut contempler à Rome ce que la capitale de la France lui révèle encore aujourd'hui : d'un côté un grand nombre d'individus voués à une vie toute matérielle et de plaisirs, et de l'autre, un petit nombre d'hommes vivant en dehors du monde, et adonnés à la pratique de toutes les vertus chrétiennes.

[1] Saint Mathieu, XXIII, 3.

Mais ces premiers chrétiens avaient beau vivre dans les catacombes, quelque chose de cette vie si nouvelle devait pénétrer en dehors, et les philosophes restés païens, ont dû, même à leur insu, s'inspirer de ces nouvelles doctrines que la philosophie humaine n'aurait jamais inspirées.

Aussi Sénèque est-il *charitable*, et plus humain que ses devanciers dans l'expression de ses principes sur l'esclavage; les empereurs philosophes adouciront la condition de l'esclave, et les jurisconsultes enseigneront que la servitude est contraire à la nature [1].

En poursuivant nos rapprochements, nous dirons que le même phénomène se reproduit sous nos yeux. Plusieurs de nos modernes philosophes sont antichrétiens ; mais au milieu d'une civilisation que la religion du Christ soutient seule et préserve de la décomposition qui la menace, leur doctrine est souvent imprégnée de cet esprit de justice et d'humanité que les plus grands génies du paganisme ont méconnu.

Raconter les modifications successives par lesquelles est passé l'esclavage romain avant et après les empereurs chrétiens, c'est faire le récit d'un des nombreux bienfaits introduits par l'influence d'abord indirecte, puis directe, de la religion chrétienne dans le domaine du droit.

CHAPITRE Ier.

COMMENT DEVENAIT-ON ESCLAVE?

A. Par la naissance. Le principe primitif était fort simple. Un enfant naissait il de l'union légitime appelée *justæ nuptiæ*, union qui ne pouvait exister qu'entre citoyens romains, il suivait la condition de son père au moment de la conception, et par suite, si la mère devenait esclave dans l'intervalle qui s'écoulait entre la conception et l'accouchement, l'enfant n'était pas moins libre :

[1] Entre autres auteurs, consulter M. Wallon, *Histoire de l'esclavage dans l'antiquité*, et surtout le chapitre I du 3e volume, intitulé : « *Evangile et philosophie.* » Cet ouvrage, couronné par l'Institut, est émané d'une plume très-chrétienne.

« *Hi qui legitime concipiuntur, ex conceptionis tempore statum sumunt* [1]. »

L'enfant qui naissait d'une autre union, même de celle du droit des gens appelée *concubinat* et reconnue légalement, suivait la condition de sa mère au moment de sa naissance ; « *At hi qui illegitime concipiuntur statum sumunt ex eo tempore quo nascuntur* [2]. » Par conséquent, quand même la mère eût été libre au moment de la conception, si elle était tombée en esclavage lors de la naissance, l'enfant était esclave.

A l'inverse, une femme esclave qui concevait même *vulgo* sans père connu, si elle était libre lors de l'accouchement, mettait au monde un homme libre.

Cette double conséquence est déduite par Gaius [3] ; la seconde fut toujours maintenue, mais la première reçut des modifications favorables à la liberté.

On décida d'abord qu'une femme, libre lors de la conception, et qui serait esclave lors de l'accouchement, donnerait naissance à un individu libre, car, disait-on : « *Non debet calamitas matris nocere ei qui in ventre est* [4]. »

On alla encore plus loin. En supposant une femme esclave lors de la conception, libre pendant le cours de la gestation, et redevenue esclave lors de l'accouchement, on décida que l'enfant naîtrait libre : « *Sufficere ei, qui in ventre est, liberam matrem vel medio tempore habuisse* [5]. »

Ce sont là autant de décisions favorables à la liberté. L'enfant qui naissait esclave était le *verna* de son maître ; celui-ci comptait sur ce produit comme il comptait sur les autres à

[1] Gaïus, Comm. I, § 89; Ulpien, *Règles*, tit. V, § 10.

[2] Gaius et Ulpien, mêmes textes ; Celsus, Digeste, liv. I, tit. V, *De statu hominum*, loi 19. — On lit encore dans la loi 7, liv. IV, tit. VIII, code de Théodose : « *Jure enim communi, maternam conditionem natum sequi necesse est, ita ut, et si herilem lectulum ancilla adscenderit, non liberorum domino, sed servorum partum suscipiat.* »

[3] Comm. I, §§ 89 et 91.

[4] Marcien, Digeste, liv. I, tit. V, loi 5, § 2, *De statu hominum*; Inst. de Just., liv. I, tit. IV, pr.; Paul, *Sentences*, liv. II, tit. XXIV, § 2, ajoute : « *Id enim favor libertatis exposcit.* »

[5] Voir Marcien, Digeste, loi 5, § 3, du même titre; Inst. de Just., *eodem loco*; Paul, § 3, même titre : « *Media enim tempora libertati prodesse, non etiam nocere possunt,* » ajoute ce dernier.

chaque printemps. Festus le grammairien dit en effet : « *Vernæ appellantur ex ancillis civium romanorum* VERE *nati, quod tempus anni maxime naturalis feturæ est* [1]. »

B. L'homme libre pouvait devenir esclave, et dans l'antiquité l'esclavage était un de ces malheurs qui pouvait atteindre les têtes les plus élevées, même les fronts couronnés.

a. On devenait esclave en vertu du droit des gens, par la guerre [2]. Nous avons déjà signalé le paradoxe à l'aide duquel les anciens représentaient l'esclavage comme un acte d'humanité. Montesquieu a fort bien dit [3] : « Il est faux qu'il soit permis de tuer dans la guerre autrement que dans le cas de nécessité : mais dès qu'un homme en a fait un autre esclave, on ne peut pas dire qu'il ait été dans la nécessité de le tuer, puisqu'il ne l'a pas fait. Tout le droit que la guerre peut donner sur les captifs, c'est de s'assurer tellement de leur personne, qu'ils ne puissent plus nuire. »

Cette doctrine erronée contribuait même à augmenter le nombre des esclaves. M. Wallon dit en effet [4] ; « L'esclavage n'était pas seulement la conséquence de la guerre, il en fut souvent la cause ; car cette coutume qu'on a voulu légitimer comme un progrès dans la barbarie et un adoucissement au droit homicide du vainqueur a bien moins épargné de vies qu'elle n'en a coûté. Aux temps d'Homère, comme de nos jours, dans les pays où se recrute l'esclavage, on envahissait les campagnes, on attaquait les villes pour faire des captifs. »

La guerre, du reste, devait être conforme au droit des gens. L'homme libre pris par des pirates ou des brigands restait libre, bien qu'en fait il fût *in servitute*, c'est-à-dire bien que, par suite de la contrainte exercée contre lui, il fût obligé de mener

[1] Horace a dit aussi (*Epodes*, ode II) :

> Positosque vernas, ditis examen domus
> Circum renidentes lares.

Tibulle (liv. II, élégie II, vers 23 et 24) :

> Turbaque vernarum, saturi bona signa coloni,
> Ludet, etc.

[2] Marcien, Digeste, liv. I, tit. V, loi 5, § 1, *De statu hominum* ; Inst. de Just., liv. I, tit. III, § 4.

[3] *Esprit des lois*, liv. XV, chap. II.

[4] *Histoire de l'esclavage dans l'antiquité*, t. I, p. 61.

la vie d'un esclave [1]. Il en était de même des prisonniers faits dans une guerre civile, ils n'étaient pas esclaves [2].

b. Le droit civil reconnaissait aussi plusieurs cas où l'homme libre tombait en esclavage.

1° Si un citoyen, afin de se soustraire aux charges publiques, notamment au service militaire, omettait sciemment de se faire porter sur les tables du cens dressées tous les cinq ans, il était dit *incensus*, et pouvait être vendu comme esclave public, au nom du peuple. Le jurisconsulte Ulpien dit en effet : « *Cum incensus aliquis venierit* [3], » et Cicéron, avant lui, avait justifié cette sévérité [4] : « Le peuple, dit-il, vend celui qui n'a pas voulu être soldat, et ne lui enlève pas la liberté ; mais il juge qu'il n'est pas libre, parce que, pour la conserver, il n'a pas voulu affronter les périls de la guerre. Quand il vend celui qui ne s'est pas fait inscrire sur les tables du cens, il décide que si l'inscription sur ces tables affranchit d'une servitude légitime, d'un autre côté, l'homme libre qui n'a pas voulu y être porté, s'est enlevé à lui-même sa liberté. »

Ce mode de tomber en esclavage devait remonter à une haute antiquité, et peut-être fut-il introduit quand Servius Tullius ordonna que tous les citoyens fussent portés sur les tables du cens [5].

2° D'après la loi des Douze Tables [6], l'homme libre qui commettait un vol manifeste était frappé de verges, et attribué comme esclave à la victime du vol ; du moins c'est ce que dit Aulu-Gelle, dans ses *Nuits attiques* [7]. Gaius se pose cette question : « *Utrum autem servus efficeretur ex addictione, an adjudicati loco constitueretur, veteres quærebant* [8]. » Les anciens jurisconsultes se deman-

[1] Ulpien, Digeste, *De captivis*, liv. XLIX, tit. I, loi 24. — Sur le mot *in servitute*, indiquant un état de fait, on lit dans Plaute (*Pœnulus*, vers 1330) :

Utrum is est... in servitute qui filias habuit duas.

[2] Ulpien, loi 21, § 1, du même titre. — En 314 après Jésus-Christ, Constantin restitua la liberté et l'ingénuité à ceux qui avaient été réduits en esclavage par Maxime. Voir le code de Théodose, liv. V, tit. VI.

[3] *Règles*, tit. XI, § 11.

[4] *Pro Cœcina*, n° 34.

[5] Tite-Live, I, 42.

[6] Voir la 8e table.

[7] Liv. XI, chap. XVIII.

[8] Comm. III, § 189.

daient donc si en vertu de l'*addictio* le voleur était de suite esclave, ou s'il était dans la situation du débiteur, *judicatus*, situation que nous examinerons plus tard.

3° Le débiteur insolvable, comme nous l'expliquerons plus loin, pouvait être vendu comme esclave par le créancier.

Sous l'empire, on augmenta les sources de l'esclavage.

4° Le sénatus-consulte Claudien rendu sous l'empereur Claude avait deux chapitres.

Dans un premier, il punissait une fraude facile à concevoir : l'homme libre ne pouvait aliéner sa liberté; il n'était pas dans le commerce [1]. Ce principe amenait à commettre l'escroquerie suivante : deux citoyens se rendaient sur un marché d'esclaves, l'un d'eux se laissait vendre par l'autre comme esclave, et quand l'acheteur avait payé son prix au vendeur, le prétendu esclave revendiquait sa liberté; l'acheteur trompé n'avait plus qu'un recours illusoire contre le vendeur compère de l'homme libre, qui s'était laissé vendre pour prendre sa part du prix payé.

Cette fraude était d'autant plus facile à Rome, que l'esclave n'avait pas de marques extérieures distinctives, et l'on tombait de la liberté dans l'esclavage, comme de l'esclavage on pouvait arriver à la liberté.

Le sénatus-consulte Claudien voulut y remédier. Il décida que l'homme libre resterait esclave de l'acheteur, mais à cinq conditions : 1° qu'il fût majeur de vingt ans, c'est-à-dire qu'il eût un âge suffisant pour comprendre l'acte mauvais dont il était le complice; toutefois, s'il s'était laissé vendre ayant moins de vingt ans, et qu'il eût participé au prix, après cet âge il demeurait esclave; 2° qu'il se fût laissé vendre; s'il eût été contraint, s'il eût ignoré son état, il n'aurait pas été puni; 3° que le prix eût été payé par l'acheteur, car si celui-ci n'avait rien déboursé, il n'eût point eu le droit de se plaindre; 4° qu'il eût participé

[1] *Liberos velut servos se profitentes, statum eorum mutare non posse constat*, dit la loi 39 au code de Justinien, liv. VII, tit. XVI. Voir aussi la loi 10 du même titre. — Callistrate (liv. XL, tit. XII, au Digeste, loi 37) dit : « *Conventio privata neque servum quemquam, neque libertum alicujus facere potest.* » — Voir encore les lois 6, 24, 36 au code Justinien (liv. VII, tit. XVI). Montesquieu, *Esprit des lois* (liv. XV, chap. II), et M. Wallon (*Histoire de l'esclavage dans l'antiquité*, 3e volume, p. 53) semblent croire que l'homme libre pouvait se vendre comme esclave.

au prix, autrement il n'eût pas été utilement complice de la fraude ; 5° que l'acheteur fût trompé ; s'il avait traité sciemment et connaissant l'état de celui qui se laissait vendre, il ne pouvait élever aucune réclamation [1].

Si l'homme libre avait trompé l'acheteur, sans qu'il pût être réduit en esclavage, soit parce qu'il était mineur de vingt ans, soit parce qu'il n'avait pas participé au prix, il était soumis à une action *in factum*, action pénale et qui donnait à l'acheteur le double du dommage qu'il avait éprouvé [2].

Le sénatus-consulte Claudien avait été étendu aux hommes libres qui avaient reçu de l'argent pour figurer comme esclaves donnés, constitués en dot ou remis en gage [3].

Le second chapitre prévoyait le cas où une femme libre entretenait un commerce illégitime (*contubernium*) avec un esclave ; le maître de ce dernier pouvait jusqu'à trois fois avertir cette femme ; et si elle persévérait dans sa conduite, elle était réduite en esclavage, et tombait sous la puissance de ce maître [4].

Quel pouvait être le motif d'une pareille décision ? M. de Champagny l'explique ainsi : « Mais en ce qui touche l'invasion de la cité par la race servile, Claude se sentait et bien faible et bien effrayé. Ce n'était pas seulement par les affranchissements que les fils de l'esclave se mêlaient aux fils du Romain, c'était encore par les mariages. Beaucoup de femmes libres épousaient des esclaves : les unes, parce que le goût du célibat, dominant dans les classes riches, les laissait isolées et sans appui ; d'autres,

[1] Voir Marcien, Digeste, *De statu hominum*, liv. I, tit. V, loi 5, § 1 ; Inst. de Just., liv. I, tit. III, § 4. — Les conditions sont développées par Ulpien au Digeste, *De liberali causa*, loi 7, pr., §§ 1, 2, 3 ; liv. XL, tit. XII. Joindre Ulpien, Pomponius et Paul, lois 1, 3 et 5 au Digeste, liv. XL, tit. XIII, *Quibus ad libertatem proclamare non licet*. Loi 1 au code de Justinien (liv. VII, tit. XVIII).

[2] Voir Ulpien, Paul et Modestin, au Digeste, lois 14 à 22 du livre XL, tit. XII, *De liberali causa*.

[3] Paul, au Digeste, loi 23, § 2, liv. XL, tit. XII, *De liberali causa*.

[4] Gaius, Comm. I, §§ 91 et 160 ; Ulpien, *Règles*, tit. XI, § 11 ; Paul, *Sentences*, liv. II, tit. XXI A, sous la rubrique : *De mulieribus quæ se servis alienis junxerunt, vel ad. s.-c. Claudianum.* Le jurisconsulte développe le sénatus-consulte. — D'après Tacite (Annales XII, 53), l'affranchi Pallas fut l'instigateur de cette mesure. Suétone (*Vie de Vespasien*, n° 11) semble attribuer cette décision à cet empereur, mais il veut dire qu'il la remit en vigueur.

même par choix, et pour être, avec un mari de rang inférieur, plus assurées de leur indépendance. Il faut se rappeler ici que la fortune, l'éducation, la distinction de l'esprit ne manquaient pas toujours à l'esclave. De ces unions, illégales sans doute, mais qui, moralement et religieusement, valaient tout autre mariage païen, naissaient des enfants, bâtards selon la loi, mais fils d'une Romaine, et par suite libres, Romains, *ingénus* comme leur mère. Par là encore le sang servile se mêlait au sang *ingénu*, et l'esclavage peuplait la cité. Claude estima le danger si grave, qu'il eut recours, lui protecteur des esclaves, à une mesure cruelle. La femme libre, unie à un esclave sans le consentement du maître de celui-ci, sur la sommation du maître dut rompre cette union ; si elle se refusait à la rompre, elle devenait esclave et tombait sous la puissance du maître ; la servitude, en s'emparant de la mère, s'assurait la possession des enfants [1]. »

Le maître pouvait consentir à ce commerce ; alors la femme restait libre, et les enfants naissaient libres. Toutefois, le sénatus-consulte Claudien permettait au maître de stipuler que les enfants seraient esclaves et lui appartiendraient ; il pouvait prêter son esclave et se réserver les produits [2] ; mais, ajoute le jurisconsulte Gaïus : « *Postea divus Adrianus iniquitate rei et inelegantia juris motus, restituit juris gentium regulam, ut cum ipsa mulier libera permaneat, liberum pariat.* » Adrien, touché de l'immoralité d'une pareille convention (*iniquitate rei*), et de ce qu'elle avait de contraire à l'art juridique, à l'esthétique du droit (*inelegantia juris*), rétablit l'ancienne règle d'après laquelle les enfants nés hors mariage devaient suivre la condition de leur mère au jour de leur naissance, et dès lors être libres, si leur mère était libre.

5° Les condamnés aux derniers supplices, par exemple à être dévorés par les bêtes féroces, au supplice de la croix, aux travaux des mines, étaient esclaves de la peine, du supplice ; ils étaient sans maîtres (*servi pœnæ*), et esclaves par l'effet seul de la condamnation, sans attendre qu'elle fût exécutée [3].

[1] Voir l'intéressant et original ouvrage des Césars, t. II, p. 62, 3e édition, in-12.

[2] Gaius, Comm. I, § 84.

[3] Inst. de Just., liv. I, tit. XII, § 3.

Ce genre d'esclavage avait été inventé pour tourner la loi Porcia, à propos de laquelle Cicéron s'écriait : « *O nomen dulce libertatis! o jus eximium nostræ civitatis! o lex Porcia, legesque Semproniæ* [1] ! » Cette loi défendait à un magistrat de mettre à mort ou même de battre de verges un citoyen romain. Sous l'empire, on décida que le condamné deviendrait esclave de la peine ; et dès lors, n'étant plus citoyen romain, il pouvait être mis à mort.

6° Sous le Bas-Empire, des constitutions impériales firent tomber dans l'esclavage l'affranchi ingrat envers son patron. Ce dernier obtenait une condamnation et reprenait la puissance dominicale sur l'affranchi [2].

Les trois premières sources de l'esclavage découlant du droit civil étaient tombées en désuétude bien avant Justinien ; elles tenaient à d'anciennes institutions ou à d'anciens principes qui n'étaient plus en vigueur.

Quant au premier chef du sénatus-consulte Claudien, il fut maintenu par Justinien, mais il n'en fut pas de même du deuxième.

Constantin, en 314, le confirma en décidant qu'il n'y aurait même pas besoin de trois sommations faites à la femme [3]. En 317, il revint à la nécessité d'une triple dénonciation faite devant sept citoyens romains [4] ; en 331, il abrogea la nécessité des trois sommations [5], et Julien, en 362, Arcadius et Honorius, en 398, les rétablirent [6].

Constantin avait décidé que la femme libre qui entretiendrait un commerce avec un esclave du fisc, ou du domaine privé de l'empereur, resterait libre. Toutefois, les enfants qui naissaient de cette union n'étaient pas citoyens romains : ils étaient Latins, et leurs biens appartenaient au maître de l'esclave, c'est-à-dire à l'empereur ou au fisc [7]. Il paraît qu'au temps de Ju-

[1] Verrines, *De suppliciis*, n° 63.

[2] Constantin et Théodose, lois 2, 4, au code de Justinien, liv. VI, tit. VII; Inst. de Just., liv. I, tit. XVI, § 1.

[3] Loi 1, § 1, code de Théodose, liv. IV, tit. XI, *ad. s.-c. Claudianum.*

[4] Loi 2.

[5] Loi 5.

[6] Lois 6 et 8 au code de Théodose, liv. IV, tit. XI, *ad. s. c. Claudianum.*

[7] Voir la loi 3 au même endroit. — Le texte parle des esclaves *fiscales*

lien cette disposition avait été étendue aux esclaves des cités [1].

Justinien supprima entièrement le second chef de ce sénatus-consulte. Il le qualifie de « *miserabilis per universitatem adquisitio, cum libera mulier, servili amore bacchata ipsam libertatem amittebat, et cum libertate substantiam* [2]. » Il ajoute que cette disposition est indigne de son époque.

Au Code [3], il rappelle les travaux qu'il a entrepris pour la liberté de ses sujets : « *Cum in nostris temporibus in quibus multos labores pro libertate subjectorum sustinuimus,* » et après avoir stigmatisé le sénatus-consulte, il ajoute que ses principes religieux lui défendent de maintenir une pareille décision : « *Per tale dedecus in servitutem deduci religio temporum meorum nullo patitur modo.* » Voilà donc bien une réforme généreuse due à l'influence directe de la religion chrétienne.

Du reste, Justinien maintient pour le maître le droit de châtier l'esclave qui se prêterait à un pareil commerce.

Au sixième siècle de l'ère chrétienne, les sources de l'esclavage étaient déjà moins nombreuses; il ne restait plus que : 1° la naissance quand la mère avait été esclave pendant tout le cours de la gestation; 2° la captivité venant de la guerre; 3° l'ingratitude de l'affranchi envers son patron; 4° le premier chef du sénatus-consulte Claudien; 5° la condamnation à certaines peines.

Justinien, dans sa novelle 22, chap. VIII, veut même que le condamné aux mines reste libre, tout en subissant sa peine : « *Neque enim mutamus nos formam liberam in servilem statum, qui etiam dudum servientium manumissores esse festinavimus.* » L'empereur en conclut que le mariage des condamnés aux mines ne sera pas dissous. C'était là incontestablement un progrès que nous avons vu réaliser de nos jours, quand la loi du 31 mai 1854 est venue abolir la mort civile, qui, aux termes de l'article 25 du Code Napoléon, entraînait la dissolution du mariage du condamné à des peines perpétuelles.

et de ceux qui sont attachés aux fonds, *emphyteuticarii* ou *patrimoniales*, ce qui désigne encore les immeubles du fisc, d'après M. de Serrigny, *Droit public et administratif romain*, t. II, p. 37.

[1] Voir la constitution 6, *eodem loco*.

[2] Instit., liv. III, tit. XII, § 1.

[3] Liv. VII, tit. XXIV.

L'empereur Léon le Philosophe, dans sa novelle 59e, abrogea le premier chef du sénatus-consulte Claudien, en se bornant à faire châtier l'homme libre et le vendeur complice de la fraude (*verberibus castigetur*).

CHAPITRE II.

EFFETS DE L'ESCLAVAGE.

PREMIÈRE SECTION. — Rapports de l'esclave avec la cité. — Comment était-il envisagé au point de vue général du droit de l'Etat?

A. L'esclave était exclu de toute participation au droit public et politique, et, d'une manière générale, on peut dire que le droit privé, qu'il découlât du droit civil, prétorien ou même du droit des gens, lui était refusé : « *Juris civilis communionem non habet in totum, ne prætoris quidem edicti* [1]. » Le même jurisconsulte dit encore : « *Quod attinet* AD JUS CIVILE *servi pro nullis habentur, non tamen et jure naturali, quia quod ad jus naturale attinet,* OMNES HOMINES ÆQUALES SUNT [2]. » Enfin, Paul dit aussi : « *Servile caput nullum jus habet* [3]. »

Comme conséquence de ces principes, le droit civil proclamait qu'il n'y avait aucune différence entre les esclaves : « *Inter servos nulla differentia* [4]. »

En fait, tel esclave pouvait être adonné à de nobles occupations, occupations faisant aujourd'hui l'objet des professions libérales; tel autre, aux plus hautes fonctions de la domesticité : peu importait aux gens du droit; du moment où l'on était esclave, l'on n'avait aucun droit proprement dit et l'on était frappé d'une incapacité générale.

On ne peut citer qu'une exception à ce principe, en faveur des esclaves du peuple romain appartenant à l'*ærarium* ou trésor public. Ils avaient le droit de faire un testament valable

[1] Ulpien, Digeste, *Qui testamenta facere possunt,* liv. XXVIII, tit. I, loi 20, § 7.

[2] Digeste, *De regulis juris,* liv. L, tit. XVII, loi 32.

[3] Digeste, *De capite minutis,* liv. IV, tit. V, loi 3, § 1.

[4] Marcien, Digeste, *De statu hominum,* liv. I, tit. V, loi 5, pr.; Inst. de Just., liv. I, tit. III, § 5.

sur la moitié du pécule qu'ils avaient reçu de l'Etat, à titre d'administrateurs [1].

Est-ce à dire qu'il n'y avait jamais, dans l'application pratique du droit, à tenir compte de la différence des esclaves? Ce serait une grave erreur de le penser.

Le maître, quand il avait un esclave intelligent, avait l'habitude de lui confier une portion de son patrimoine, dont il restait propriétaire, mais que cet esclave administrait. Le pécule était défini : « *Pusilla pecunia : quod servus domini permissu separatum a rationibus dominicis habet* [2]. »

Quelquefois dans ce pécule se trouvait un autre esclave auquel le premier confiait une portion du pécule principal; des relations de droit assez compliquées résultaient de ces agissements, et il y avait lieu de distinguer entre l'esclave ordinaire et le vicaire [3]; mais, et c'est toujours là où il faut en revenir,

[1] Ulpien, *Regles*, tit. XX, § 16. — Voir M. Wallon, *De l'esclavage dans l'antiquité*, 2e volume, p. 90 et suiv., sur les occupations des esclaves publics. Cette classe était, dit-il, en quelque sorte privilégiée au sein de l'esclavage.

[2] Ulpien, Digeste, *De peculio*, liv. XV, tit. I, loi 5, §§ 3 et 4. — Plaute parle souvent de l'esclave auquel un pécule a été confié. Dans l'*Asinaire* (vers 259), le maître d'un esclave dit :

Largitur peculium, omnem in tergo thesaurum gerit.

L'esclave (vers 481) dit de son côté :

Frugi tamen sum, res potest peculium enumerari.

Le comique dépeindra ainsi les mauvais esclaves :

Sed hi
Si quando sunt reprehensi, faciunt a malo
Peculium, quod nequeunt facere de suo.
(*Mostellaria*, vers 879 et suiv.)

Peculii sui prodigi, plagigeruli.
(Vers 892.)

Le bon esclave, au contraire :

Peculiosum eum esse decet servum et probum.
(*Rudens*, vers 30.)

[3] Horace, liv. II, satire 7, vers 80, dit :

Nam
Sive vicarius est, qui servo paret, uti mos
Vester ait, seu conservus.

Plaute, *Asinaire*, vers 417 :

Leanida. Quoi datum est.
Libonus. Sticto vicario ipsi
Suo...

Martial, épigr. 18, liv. II :

Esse sat est servum, jam nolo vicarius esse.

ces distinctions passaient par-dessus l'esclave et ne l'intéressaient pas. Ces pécules n'étaient pas sa propriété et appartenaient toujours au maître. Le code Hermogénien dit : « *Nec servum... peculium suum posse distrahere* [1]. »

Assurément aussi, sur les marchés des esclaves, il fallait indiquer la différente qualité des esclaves, même leurs défauts cachés ; le vendeur devait dire leur pays d'origine, car il y avait des races dociles, d'autres moins souples [2] ; il devait indiquer s'il s'agissait d'un esclave novice ou vétéran [3] ; mais c'étaient là encore des différences dans l'intérêt de l'acheteur et non de l'esclavage.

Il y avait encore lieu de tenir compte de ces distinctions, si l'esclave était injurié par un autre que son maître.

Le droit civil permettait d'injurier impunément les esclaves ; toutefois, si, par l'intermédiaire de l'esclave, le maître avait été injurié, alors ce dernier avait l'action d'injures ; si l'on avait endommagé l'esclave, par exemple en le blessant, alors le maître avait contre l'auteur du dommage une action dite : *damni injuriæ*. Nous reviendrons sur ces points.

Plus tard, le préteur déclara que l'on serait tenu de l'injure faite personnellement à l'esclave, et le jurisconsulte Ulpien, qui rapporte l'édit du préteur, ajoute : « *Ipsi servo facta injuria inulta a prætore relinqui non debuit : maxime si verberibus, vel quæstione fieret :* HANC ENIM ET SERVUM SENTIRE PALAM EST [4]. » Le jurisconsulte veut bien reconnaître que l'esclave a ressenti la question à laquelle on l'a soumis fort injustement.

Plus loin, il indique bien que l'injure est plus ou moins considérable, suivant que l'on a injurié tel ou tel esclave. Ulpien suppose une injure provenant *facto aliquo vel carmine scripto ;* le préteur, dit-il, devra examiner la qualité de l'esclave : « *Etenim multum interest, qualis servus sit, bonæ frugi, ordinarius, dispensator ; an vero vulgaris vel mediastinus, an qualis qualis* (tel quel), *et quid si compeditus, vel male notus, vel notæ extremæ* [5] ? »

[1] Edition Haenel, tit. XVI.

[2] Ulpien, Digeste, *De ædilitio edicto*, liv. XXI, tit. I, loi 31, § 21.

[3] Venuleius, même titre, loi 65, § 2. Voir M. Wallon, *Esclavage dans l'antiquité*, 2e volume, p. 65.

[4] Digeste, liv. XLVII, tit. X, loi 15, § 35.

[5] Voir le paragraphe 44 de la même loi.

Hâtons-nous d'ajouter que cette action qui protégeait l'esclave devait être intentée par le maître, et le résultat ne profitait en rien à l'esclave victime de l'injure.

Ces distinctions étaient donc, en somme, fort indifférentes pour l'esclave, au point de vue de ses droits [1].

B. Faut-il dire d'une manière générale que l'esclave était une chose ?

Non, car l'esclave figurait aussi dans la *summa divisio* des personnes, et bien souvent on lui appliquait des règles de droit dont les choses n'étaient pas susceptibles.

Ainsi, malgré sa qualité d'esclave, il s'obligeait *civilement* par ses délits ; il figurait dans les obligations naturelles comme créancier ou comme débiteur.

Il était un instrument d'acquisition pour son maître, mais un instrument intelligent, et parfois il fallait tenir compte de cette intelligence [2].

Enfin le lieu où un esclave était enterré était hors du commerce comme lieu religieux [3].

Ce simple aperçu suffit pour prouver qu'il n'est pas très-exact de représenter, d'une manière absolue, l'esclave comme une chose.

Cette observation sera encore confirmée par les principes applicables à l'esclave en matière criminelle.

C. Le droit criminel est une partie du droit public d'une nation, et nous envisageons dans ce moment les rapports de l'esclave avec la cité ou l'Etat.

C'est dans cette matière que régnait l'inégalité la plus choquante jointe à la cruauté.

a. L'esclave accusé d'un crime était soumis à la question ; seulement, si l'accusateur se trompait, il devait payer au maître le *double* du dommage qu'il avait fait subir à l'esclave injustement torturé [4]. L'esclave devait être défendu par son maître ou

[1] La loi 24, § 17, liv. XL. tit. V, au Digeste, vise une hypothèse où un esclave de bonne conduite avait plus de chances d'arriver à la liberté que tout autre dont on aurait eu à se plaindre.

[2] Dans les legs on rencontrait le principe *In legatis persona servi spectatur.* — Voir aussi, en ce qui concerne l'acquisition de la possession, Paul, Digeste, *De adquir. possess.*, liv. XLI, tit. II, loi 1, § 9.

[3] Ulpien, Digeste, *De religione*, liv. XI, tit. VII, loi 2.

[4] Papinien, Digeste, *De calumniatoribus*, liv. III, tit. VI, loi 9. « *De servo*

par le procureur de son maître. Si le maître l'abandonnait, il pouvait se faire défendre par un autre citoyen, et, en tout cas, le magistrat devait examiner avec soin s'il était innocent ou coupable [1].

Sous la république, l'homme libre accusé d'un crime n'était point soumis à la torture [2], mais il n'en fut plus de même sous l'empire, alors que les crimes de lèse-majesté furent introduits [3]. Toutefois, ce moyen de découvrir la vérité n'était qu'exceptionnel à l'égard de l'homme libre. Il était général contre l'esclave. Ulpien nous apprend que l'on faisait subir la torture à l'esclave et à l'indigent (*qui inopia laborant*), s'ils avaient souillé l'endroit où le préteur affichait ses édits [4].

b. Si le crime avait été commis par un tiers, l'esclave appelé par l'accusateur comme témoin était soumis à la question [5]. L'intérêt du maître était sauvegardé [6].

Sous l'empire, l'homme libre fut lui-même soumis à la torture comme témoin, mais avec des restrictions ; ainsi, on n'y soumettait pas celui dont le témoignage n'était pas hésitant [7]. L'esclave était torturé pour témoigner dans des affaires d'intérêt privé [8] ; on appliquait à la question les esclaves héréditaires pour savoir si un testament était faux [9], pour constater l'identité de l'héritier, ou bien si tel ou tel objet faisait partie du patri-

qui accusatur, si postuletur, quæstio habetur; quo absoluto, in duplum pretium accusator domino damnatur. » — Ulpien, Digeste, *Ad legem Juliam de adulteriis*, liv. XLVIII, tit. V, loi 27.

[1] Marcien, Digeste, *De publicis judiciis*, liv. XLVIII, tit. I, loi 11; Ulpien, *De pœnis*, liv. XLVIII, tit. XIX, loi 19.

[2] Cicéron, *Oratoriæ partitiones*, nº 34.

[3] Voir au Digeste le titre *De quæstionibus*, liv. XLVIII, tit. XVIII. — Ulpien, dans la loi 1, dit : « *In criminibus eruendis quæstio adhiberi solet.* » Voir aussi Paul, *Sentences*, liv. V, tit. XIV.

[4] Loi 7, § 3, au Digeste, liv. II, tit. I.

[5] Arcadius, Digeste, *De testibus*, liv. XXII, tit. V, loi 21, § 2.

[6] Paul, *Sentences*, tit. XXVI, § 3; dans le cas où l'esclave est détérioré. — Voir de Champagny, 3e volume *des Césars*, p. 116.

[7] Callistrate, Digeste, *De quæstionibus*, liv. XLVIII, tit. XVIII, loi 15.

[8] Marcien, loi 9 de ce même titre; loi 15, code de Justinien, liv. IX, tit. XLI.

[9] Code de Justinien, loi 10, même titre; Papinien, Digeste, *De quæstionibus*, liv. XLVIII, tit. XVIII, loi 6, § 1.

moine du défunt [1]. Auguste et Adrien avaient du reste décidé que, même pour les esclaves, il ne fallait les soumettre à la torture qu'à défaut d'autres preuves [2].

L'esclave pouvait témoigner en faveur de son maître, mais non contre son maître [3]; celui-ci eût été censé s'accuser lui-même. Mais cette règle fut violée pendant les guerres civiles, et les proscripteurs se servirent souvent des délations des esclaves. On en voit une preuve dans le discours *Pro Milone* [4]; les ennemis de Milon prétendaient qu'il avait affranchi ses esclaves pour les faire échapper à la question qui eût été dirigée contre lui; d'après Cicéron, il avait voulu les récompenser de leur conduite.

Sous Jules César, on rétablit l'ancien principe. Tibère, poursuivant Libon, fit vendre tous ses esclaves à un agent du fisc, afin de les soumettre à la torture et de trouver des moyens d'accusation contre leur ancien maître [5].

Sous l'empire, le même principe subsista [6]. Mais, exceptionnellement, les esclaves pouvaient être soumis à l'interrogatoire et à la torture contre leurs maîtres pour les crimes suivants : 1° inceste [7]; 2° adultère [8]; 3° lèse-majesté [9]; 4° au cas où le maître était accusé d'avoir fraudé le cens [10]; enfin, dans tous

[1] Papinien, Digeste, loi 17, § 2 du même titre; lois 13 et 18, code de Justinien, liv. IX, tit. XLI. — Voir aussi *Sentences* de Paul, liv. V, tit. XVI, § 2.

[2] Ulpien et Paul, au Digeste, *De quæstionibus*, liv. XLVIII, tit. XVIII; code de Justinien, constitution 8, § 1; de Dioclétien, dans le même sens, liv. IX, tit. XLI.

[3] Entre autres Ulpien, Digeste, *De quæstionibus*, liv. XLVIII, tit. XVIII, loi 1, § 16. — Le jurisconsulte cite un rescrit de Septime-Sévère.

[4] N°s 21 et 22.

[5] Tacite, *Annales*, liv. II, n° 30.

[6] Voir *Sentences* de Paul, liv. V, tit. XVI, § 5; lois 6 et 7, code de Justinien, liv. IX, tit. XLI.

[7] Cicéron disait déjà (*Pro Milone*, 22) : « *De servis nulla est quæstio in dominos, nisi de incestu ut fuit in Clodium.* »

[8] Papinien, Digeste, *De quæstionibus*, liv. XLVIII, tit. XVIII, loi 17; code de Justinien, liv. IX, tit. XLI, loi 1.

[9] Code de Justinien, 7, § 1, liv. IX, tit. 8; loi 1, liv. IX, tit. XLI. — Toutefois, Montesquieu (*Esprit des lois*, liv. XII, chap. xv) cite l'empereur Tacite, d'après lequel l'esclave ne devait pas être témoin contre son maître, même dans le crime de lèse-majesté.

[10] Hermogénien, Digeste, *De judiciis*, liv. V, tit. I, loi 53; code de Justinien, loi 1, liv. IX, tit. XLI.

les cas où il pouvait accuser directement son maître ; or, il le pouvait : 1° s'il soutenait que son maître avait supprimé le testament qui lui conférait la liberté [1] ; 2° s'il intentait l'accusation d'accaparement de vivres (*arctionis annonæ*) [2] ; 3° de fabrication de fausse monnaie [3].

On trouve, il est vrai, dans le Code de Théodose deux constitutions (liv. IX, tit. VI) qui semblent limiter au crime de lèse-majesté le droit pour l'esclave d'accuser son maître, mais l'insertion des textes que nous venons de citer dans les recueils de Justinien prouve que les exceptions avaient été maintenues par cet empereur.

c. A l'origine, le maître, comme chef de la famille, pouvait châtier l'esclave coupable de crimes domestiques ; mais plus tard l'esclave fut, comme nous le verrons, protégé contre l'arbitraire de son maître.

En outre, on trouve sous l'empire un rescrit de Marc Aurèle qui permet au maître d'accuser et de traduire devant les tribunaux son esclave coupable d'adultère avec sa femme [4] ; le maître pouvait s'adresser au préfet de la ville [5].

La vie de l'esclave fut aussi protégée contre les attentats des étrangers [6].

Celle du maître l'était aussi, d'après le sénatus-consulte Silanien, rendu sous Auguste, en 761.

Quand un maître venait à être tué, l'héritier, avant de faire adition, devait faire mettre à la torture les esclaves qui étaient avec le maître, pour arriver à la découverte du coupable ; les esclaves qui n'avaient pas préféré le salut de leur maître au

[1] Voir cette loi 53, *De judiciis*, au Digeste ; Marcien, Digeste, *Ad legem Corneliam de falsis*, liv. XLVIII, tit. X, loi 7. — Ce jurisconsulte dit : « *Nullo modo servi cum dominis suis consistere possunt, cum ne quidem omnino jure civili, neque jure prætorio, neque extra ordinem compulantur.* » Suit l'exception.

[2] Voir la loi 53, *De judiciis ;* Marcien, Digeste, *De accusat.*, liv. XLVIII, tit. II, loi 13 ; liv. XLVIII, tit. XII, loi 1, *De lege Julia de annona.*

[3] Voir la loi 53, *De judiciis*, au Digeste, déjà citée. Cette loi permet aussi à l'esclave d'accuser son maître pour falsification du cens.

[4] Ulpien, Digeste, *De accusationibus*, liv. XLVIII, tit. II, loi 5.

[5] Ulpien, Digeste, *De officio prætecti urbis*, liv. I, tit. XII, loi 1, § 5.

[6] Marcien, Digeste, *Ad legem Corneliam*, liv. XLVIII, tit. VIII, loi 1, § 2 ; Ulpien, *Ad legem Aquiliam*, liv. IX, tit. II, loi 23, § 9.

leur étaient mis à mort, que le meurtre provînt d'un esclave ou d'un étranger. Cette décision atteignait ceux qui étaient sous le même toit ou qui avaient pu entendre la voix de leur maître et venir à son secours.

Les jurisconsultes ne dissimulent pas les motifs de ces rigueurs : « *Quum aliter nulla domus tuta esse possit, nisi periculo capitis sui, custodiam dominis, tam ab domesticis quam ab extraneis, præstare servi cogantur. Ideo senatus-consulta introducta sunt de publica quæstione a familia necatorum habenda* [1]. » Adrien dit aussi ; « *Ultimum itaque supplicium pati debet, vel in hoc, ne cæteri servi credant, in periculo dominorum, sibi quemquam consulere debere* [2]. »

L'esclave devait empêcher son maître de se tuer ; et s'il avait été assassiné en voyage, on faisait périr les esclaves qui étaient restés avec lui, comme ceux qui avaient pris la fuite [3].

L'héritier devait faire procéder à l'enquête et venger ainsi le défunt avant l'adition d'hérédité ; sinon il était écarté comme indigne, et l'hérédité était dévolue au fisc [4].

Un sénatus-consulte rendu sous Néron étendit les dispositions du Silanien aux esclaves du mari, quand la femme était assassinée, et aux esclaves de la femme dans le cas inverse [5]. D'après un autre sénatus-consulte rapporté par Tacite [6], les esclaves affranchis par le testament, et qui habitaient avec leur maître, devaient être mis à mort comme les autres [7].

Seulement, les jurisconsultes qui ont commenté ces sénatus-consultes se demandent si, dans tel cas ou dans tel autre, les esclaves sont excusables ou punissables.

Montesquieu dit avec raison que « ces décisions ne dérivaient point de l'équité des lois civiles, puisqu'elles étaient contraires

[1] Paul, *Sentences*, liv. III, tit. V, § 1 ; Ulpien, Digeste, *De senatus-consulto Silanio*, liv. XXIX, tit. V, loi 1, pr.

[2] Voir la loi 1, § 28, du même titre ; voir encore Ulpien et Modestin, loi 1, § 27, et loi 19.

[3] Ulpien, Digeste, loi 1, §§ 22 et 31 du même titre.

[4] *Sentences* de Paul, liv. III, tit. V, § 10.

[5] *Sentences* de Paul, liv. III, tit. V, § 5 ; Ulpien, loi 1, § 15 de ce titre, déjà cité.

[6] *Annales*, 13, 32.

[7] *Sic*, Ulpien, loi 3, § 16.

aux principes des lois civiles [1]. » Il est de principe, en effet, que nul n'est tenu d'agir pour autrui, à moins qu'il ne s'y soit obligé. La morale, il est vrai, enseigne une autre doctrine, mais le droit positif ne saurait la sanctionner sans jeter la perturbation dans la société, et Montesquieu ajoute avec vérité « que ces décisions étaient proprement fondées sur le principe de la guerre, à cela près que c'était dans le sein de l'Etat qu'étaient les ennemis. Le sénatus-consulte Silanien dérivait du droit des gens, qui veut qu'une société, même imparfaite, se conserve. »

d. L'inhumanité du droit criminel appliqué aux esclaves se manifestait encore en ce qui concernait les peines.

L'esclave coupable était puni plus sévèrement que l'homme libre : « *Aliter enim puniuntur in iisdem facinoribus servi quam liberi* [2]. » « *Majores nostri in omni supplicio severius servos quam liberos punierunt* [3]. »

e. Les empereurs chrétiens introduisirent des adoucissements à cette barbarie. Valentinien, Gratien et Théodose en 383 obligent l'accusateur des esclaves d'autrui à s'astreindre dans l'acte d'accusation à subir la peine du talion, avant d'être admis à faire subir la torture aux accusés [4].

En 315, Constantin avait déjà défendu de marquer au visage les condamnés, et la prohibition profita aux esclaves. « *Ne*, dit l'empereur, *facies quæ ad similitudinem pulchritudinis cœlestis est figurata, minime maculetur.* » Il est vrai qu'il ajoute : « *Dum et in manibus et in servis possit pœna damnationis comprehendi* [5]. »

Toutefois, l'esclave fut encore pendant longtemps soumis à des inégalités choquantes. Léon le Philosophe [6] rappelle que le témoignage d'esclaves était quelquefois admis en matière ci-

[1] *Esprit des lois*, liv. XV, chap. XVI.

[2] Claudius Saturninus, Digeste, *De pœnis*, liv. XLVIII, tit. XIX, loi 16, § 3.

[3] Callistratus, même titre, loi 28, § 16. — Macer, dans la loi 10 du même titre, indique les peines que l'on inflige à l'esclave, toutes plus rigoureuses que celles infligées à une personne libre.

[4] Code de Théodose, liv. IX, tit. I, loi 14; code de Justinien, liv. IX, tit. II, loi 13.

[5] Code de Théodose, liv. IX, tit. XL, loi 2; code de Justinien, liv. IX, tit. XLVII, loi 17.

[6] 49e constitution.

vile[1] ; il enlève cette faculté à l'esclave qu'il considère comme indigne. Si on le défend, dit-il, aux hommes qui, libres, laissent dégrader leur âme par la servitude du vice, comment l'accorder à des hommes qui ne jouissent pas de la liberté? Quoique ce soit une autre forme de la servitude, cependant elle suffit pour rendre indigne de participer à la dignité de la liberté. Il est vrai que, dans sa constitution quarante-huitième, le même empereur, se fondant sur la distinction des sexes, interdit aussi aux femmes le témoignage en matière civile. Il compare les femmes qui vont témoigner au milieu des foules, et qui usent de leur langue avec peu de pudeur et de retenue, aux femmes scythes qui vont à la guerre avec leurs maris.

DEUXIÈME SECTION. — Rapports de l'esclave avec la famille.

Pour l'esclave, point de mariage, point de famille, point de parenté, point de paternité ; et c'est là, sans contredit, un des effets les plus cruels et les plus démoralisateurs produits par l'esclavage.

Les textes mentionnent, il est vrai, l'union des esclaves, sous le nom de *contubernium*, mais le droit ne s'en préoccupe pas, c'est une union de fait comme celle des animaux. Les enfants qui en proviennent suivent la condition de la mère, et si celle-ci est esclave, ils appartiennent à son maître, qui peut les aliéner, les séparer de leurs père et mère. « Entre esclaves, dit fort bien M. de Champagny[3], on n'est ni mari ni femme, ni père ni fils, ni frère ni sœur. » « *Ad leges serviles cognationes non pertinent*[4]. »

Seulement, si un affranchi voulait contracter mariage, dans un but de convenance, on tenait compte de la parenté servile. Il ne pouvait épouser sa mère, sa sœur, sa nièce également affranchies, « *quia hoc jus moribus non legibus introductum est*, » dit le jurisconsulte Pomponius[5]. Le père affranchi ne pouvait

1 Modestin, Digeste, *De testibus*, liv. XXII, tit. V, loi 7, l'admet à défaut d'autres preuves.

2 Voir Montesquieu, *Esprit des lois*, liv. XV, chap. XII.

3 3e volume, p. 118, *Des Césars*, 3e édition.

4 Paul, Digeste, *De gradibus, etc.*, liv. XXXVIII, tit. X, loi 10, § 5.

5 Digeste, *De ritu nuptiarum*, liv. XXII, tit. II, loi 8.

également épouser sa fille délivrée de la servitude, « *quoniam in contrahendis matrimoniis naturale jus et pudor inspiciendus est, contra pudorem est autem filiam uxorem suam ducere* [1]. » Ces convenances furent étendues à l'alliance naturelle [2].

Hormis ces cas, la famille et la parenté n'étaient pas prises en considération. L'adultère et l'inceste entre esclaves n'étaient pas punissables ; l'homme libre qui entretenait un commerce avec une femme esclave n'était pas puni comme adultère [3].

On rencontre bien çà et là quelques décisions d'humanité pour rapprocher la famille servile, mais elles sont rares [4].

Cette violation des affections naturelles est inhérente à l'esclavage, et on ne peut citer sur ce point aucune modification radicale, même sous les empereurs chrétiens.

En 334, Constantin ordonna que dans les partages des biens appartenant au fisc, entre les divers *conductores* ou preneurs, on ne séparât pas les enfants de leurs parents, les frères de leurs sœurs, les femmes de leurs maris : « *Quis enim ferat liberos a parentibus, a fratribus sorores, a viris conjuges separari* [5]. »

Justinien, dans la constitution rappelée aux Institutes [6], reconnaît, en matière de succession, la parenté servile entre enfants, frères et sœurs, et ascendants, tous étant supposés affranchis; le patron est primé par les enfants même nés pendant l'esclavage, par les frères et sœurs et par les ascendants [7].

Léon le Philosophe introduisit une excellente réforme [8] dans le cas où un esclave, homme ou femme, s'unit à une personne libre. Il proclame l'inviolabilité du mariage. L'époux libre devait racheter son conjoint esclave, ou partager la servitude jusqu'à la mort du maître. Cette mort les affranchissait de droit eux et

[1] Paul, Digeste, *De ritu nuptiarum*, liv. XXIII, tit. II, loi 14, § 2.

[2] Paul, même titre, loi 14, § 3 ; Joindre Inst. de Just., liv. I, tit. X, § 10.

[3] Papinien, Digeste, *Ad legem Juliam de adulteriis*, liv. XLVIII, tit. V, loi 6 ; code de Justinien, liv. IX, tit. IX, loi 23.

[4] Ulpien, Digeste, liv. XXI, tit. I, loi 35; Scevola, *De legatis* 3°, liv. XXXII, tit. I, loi 41, § 2; Ulpien, *De instructo, etc.*, liv. XXXIII, tit. VII, loi 12, § 7.

[5] Code de Théodose, liv. II, tit. XXV, loi 1 ; code de Justinien, liv. III, tit. XXXVIII, loi 11.

[6] Liv. III, tit. VI, § 10.

[7] Voir Ducauroy, *Institutes expliquées*, n° 881.

[8] Constitution 100e.

leurs enfants, ou mieux encore l'un des deux pouvait affranchir son conjoint esclave par des années de travail, dont la loi fixait la valeur, et dont un équitable arrangement devait marquer le terme. Dans la constitution suivante, Léon applique la même doctrine si, deux esclaves s'étant unis, l'un vient à être affranchi.

Nous pouvons encore signaler la constitution trente-huitième de cet empereur, d'après laquelle les esclaves du domaine impérial furent élevés à la qualité de propriétaires de leur pécule. Il propose cet exemple à tous les maîtres : « Que désormais, dit-il, les esclaves du prince soient vraiment maîtres de ce qu'ils possèdent, et que rien ne les empêche d'en disposer comme ils l'entendent, soit qu'ils continuent à jouir de la vie, soit qu'ils sentent approcher l'heure de la mort. »

Troisième section. — Rapports de l'esclave et du maître.

A. L'esclave était soumis à la puissance dominicale (*sub dominica potestate*) ; il était *alieni juris*, et dans le patrimoine de son maître, comme une chose susceptible de tous les droits qui pouvaient grever une chose. Dans le catalogue des *res mancipi*, il figurait à côté des animaux domestiques [1].

En vertu de cette puissance, le maître avait droit de vie ou de mort sur l'esclave ; « *nam apud omnes gentes animadvertere possumus dominis in servos vitæ necisque potestatem fuisse* [2]. »

Dès l'empire, cette puissance fut limitée : « *Sed hoc tempore*, ajoute Gaius, *nullis hominibus qui sub imperio Romano sunt, licet supra modum et sine causa in servos suos sævire* [3]. »

Antonin le Pieux rendit deux décisions tout à fait favorables aux esclaves. D'abord, il ordonna que le maître qui mettrait à mort son esclave sans justes motifs (*sine causa*), serait puni comme s'il avait tué l'esclave d'autrui. La loi Cornélia, comme nous l'avons vu, punissait comme homicide celui qui sciemment (*dolo*) tuait un esclave [4].

[1] Gaius, Comm. II, § 15 ; Ulpien, *Règles*, tit. XIX, § 1.

[2] Gaius, Digeste, *De his qui sui, etc.*, liv. I, tit. VI, loi 1 ; Comm. I, § 52 ; Inst. de Just., liv. I, tit. VIII, § 1.

[3] Comm. I, § 53.

[4] Voir Ulpien, Digeste, *Ad legem Aquiliam*, liv. X, tit. II, loi 23, § 9.

Ensuite, si la cruauté du maître était insupportable et excédait toutes les bornes, Antonin permit aux esclaves de se réfugier dans les temples auprès des statues des dieux, ou auprès de la statue de l'empereur, comme dans un lieu d'asile. Le magistrat, à Rome le préfet de la ville[1], examinait leurs griefs, et s'ils étaient fondés, il forçait le maître à vendre l'esclave à de bonnes conditions (*bonis conditionibus*), c'est-à-dire sans imposer à l'acheteur des obligations trop dures pour l'esclave[2].

Gaïus justifiant ces doctrines, dit : « *Et utrumque recte fit : male enim nostro jure uti non debemus, qua ratione et prodigis interdicitur bonorum suorum administratio.* » Le droit de propriété, le droit le plus étendu que l'on puisse avoir sur une chose, est cependant limité par l'intérêt public, et un intérêt d'humanité exigeait que l'esclave ne fût pas traité trop durement : « *Expedit enim reipublicæ,* dit Justinien, *ne quis sua re male utatur.* » En effet, des esclaves victimes de sévices trop durs, pouvaient s'irriter et prendre les armes; le souvenir de Spartacus et de tous ces esclaves qui avaient osé braver la puissance de Rome pouvait inquiéter les maîtres, et il était de leur intérêt que l'on réprimât, même contre eux, l'abus qu'ils pouvaient faire de leur droit.

Adrien avait déjà condamné à la relégation pendant cinq ans une femme qui, pour des causes légères, avait maltraité ses esclaves[3]. Sous la république, les censeurs notaient d'infamie le maître trop cruel envers ses esclaves. Sénèque avait dit : « *Non omnia in servum liceant, esse aliquid quod in hominem licere commune jus animantium vetat.* » Intervint la loi Petronia[4], qui défendit aux maîtres de livrer leurs esclaves pour combattre les bêtes. On les vendait à la condition qu'ils figureraient dans les

[1] Ulpien, Digeste, *De officio præfecti urbis*, liv. I, tit. XII, loi 1, § 1.

[2] Gaius, Comm. I, § 53, et Inst. de Just., liv. I. tit. VIII, § 2.—Le rescrit d'Antonin est transcrit dans ce paragraphe, ainsi que dans la loi 2, liv. I, tit. VI, au Digeste, *De his qui sui, etc.* ; voir aussi Ulpien, Digeste, *De officio præfecti urbis*, liv. I, tit. XII, loi 1, § 8, sur les mauvais traitements que l'esclave pouvait invoquer.

[3] Ulpien, Digeste, *De his qui sui juris*, liv. I, tit. VI, loi 2.

[4] M. de Champagny, t. II, p. 61, en place la date sous Auguste ; M. Wallon sous Néron, 3e vol., p. 61.

combats, mais Marc-Aurèle le prohiba [1]; le vendeur et l'acheteur étaient punis [2].

M. Wallon dit très-bien, à propos des mesures d'humanité prises par Adrien et Antonin : « L'influence de cette autorité souveraine qui, pesant sur l'autorité des maîtres, prétendait en contrôler et en limiter l'usage ; les progrès de la philosophie morale dans la jurisprudence, et l'inspiration moins avouée de cet esprit d'humanité que le christianisme répandait autour de lui, sans y rien gagner pour lui-même au sein de la persécution, tout avait concouru à rendre la loi plus favorable et à la condition et à l'affranchissement des esclaves [3]. »

Malgré ces réformes, le maître conservait un droit de châtiment (*castigatio*). Si l'esclave mourait des suites, le maître n'avait rien à craindre, pourvu qu'il n'eût pas eu l'intention de tuer [4].

B. Le maître trouvait dans son esclave un instrument d'acquisition, un intermédiaire intelligent à l'aide duquel il pouvait fixer dans son patrimoine les droits réels de créance et de possession.

a. Droits réels. L'esclave pouvait figurer comme acquéreur dans une mancipation, et le droit réel de propriété appartenait au maître dont l'esclave avait été l'organe. Gaïus dit : « *Adquiritur nobis per eos quos in potestate habemus...; igitur quod servi nostri mancipio accipiunt... id nobis adquiritur* [5]. » L'esclave avait-il plusieurs maîtres, l'acquisition profitait à chacun des maîtres *pro portione dominica ;* toutefois l'esclave pouvait figurer dans la mancipation, *nominatim*, pour l'un de ses maîtres ; celui-là seul acquérait [6] ; de même, dans l'opinion qui a prévalu, s'il figurait dans la mancipation, sur l'ordre de l'un de ses maîtres.

[1] Marcien, Digeste, *De contrahenda emptione*, liv. XVIII, tit. I, loi 42.

[2] Modestin, Digeste, *Ad legem Corneliam de sicariis*, liv. XLVIII, tit. VIII, loi 11, § 1.

[3] T. III, p. 413.

[4] Voir, en 319 et 326, constitutions de Constantin au code de Théodose, liv. IX, tit. XII ; code de Justinien, liv. IX, tit. XIV.

[5] Comm. II, § 87 ; Comm. III, § 167.

[6] Voir Comm. III de Gaius, § 167, et la formule : « *Aio hanc rem ex jure Quiritium Lucii Titii domini mei, esse aio.* »

La *cessio in jure*, ancienne forme de la revendication des actions de la loi, était un mode translatif de tous les droits réels, mais l'esclave ne pouvait y figurer ni en son nom, ni au nom de son maître ; en son nom, car il ne pouvait devant le magistrat prétendre qu'un droit réel lui appartenait ; au nom de son maître, car dans la *cessio in jure* on ne pouvait se faire représenter, principe de la procédure des actions de la loi qui avait survécu dans le cas où la revendication n'était qu'un moyen pour le revendiquant d'acquérir un droit réel contre le défendeur qui ne résistait pas [1].

L'esclave acquérait encore à son maître le droit réel de propriété, lorsqu'on lui avait conféré un legs translatif de propriété, legs *per vindicationem* ou *per præceptionem* dans la doctrine des Proculéiens [2].

En ce qui concerne les legs, pour que le maître pût profiter du legs fait à l'esclave, il fallait d'abord que le maître eût faction de testament avec le testateur, c'est-à-dire pût être lui-même désigné comme légataire ; ainsi le pérégrin ne pouvant recevoir de legs, son esclave ne pouvait être utilement institué légataire ; c'eût été faire indirectement ce que l'on ne pouvait faire directement. Du reste, le pérégrin ne pouvant figurer dans une mancipation parce qu'il était privé du *jus commercii*, du droit de commerce par les modes romains, il est probable que l'esclave du pérégrin n'aurait pu utilement figurer pour son maître dans une mancipation.

Mais, et voilà ce qu'il y avait de particulier dans la matière des legs, pour que cette disposition faite à un esclave fût valable, il fallait considérer un instant l'esclave légataire comme homme libre ; et tout legs qui eût été inutile dans cette hypothèse, ne pouvait profiter au maître. On traduisait ce principe par ces expressions : « *In legatis persona servi spectatur* [3]. » Paul dit aussi [4] :

[1] Voir Gaius, Comm. II, § 96.

[2] Gaius, Comm. II, § 87 ; Inst. de Just., liv. II, tit. IX, § 3. — Sous Justinien il n'y avait plus à tenir compte de la forme du legs.

[3] *Fragm. Vatican.*, § 75.

[4] Digeste, loi 82, § 2, *De legatis* 2° ; liv. XXXI, tit. I. — On peut voir des applications de cette doctrine §§ 56 et 57, *Fragm. Vatican.*, Digeste ; Papinien, *De servitute legata*, loi 5, liv. XXXIII, tit. III ; Mécien, *De legatis* 3°, loi 17, § 1, liv. XXXII, tit. I.

« *Cum enim servo alieno aliquid in testamento damus, domini persona ad hoc tantum inspicitur, ut sit cum eo testamenti factio, cæterum ex persona servi consistit legatum, et ideo rectissime Julianus definit, id demum servo alieno legari posse, quod ipse liber factus capere posset.* »

On voit donc que, pour les legs, il ne fallait pas considérer l'esclave comme un pur intermédiaire ; on tenait compte de sa personnalité, et tel legs qui profitait au maître s'éteignait par la mort ou l'aliénation de l'esclave [1].

L'esclave pouvait encore acquérir à son maître les démembrements de la propriété, comme l'usufruit, l'usage, l'habitation et les servitudes prédiales.

Cette acquisition se réalisait, dans l'ancien droit, toujours par un legs *per vindicationem* de ces divers droits réels fait à l'esclave, et sous Justinien, quelle que fût la forme du legs ; mais il fallait tenir compte de la personne de l'esclave : ainsi une servitude de passage léguée à l'esclave n'eût pu profiter au maître que si l'esclave avait eu dans son pécule un fonds de terre voisin du fonds servant [2].

Entre vifs, l'acquisition de ces divers droits offrait plus de difficulté. Les quatre servitudes rustiques seules, *iter, actus, via, aquæductus*, figuraient dans le catalogue des *res mancipi*, et pouvaient être acquises *per mancipationem*, par l'intermédiaire de l'esclave.

Pour les autres droits réels, démembrements de la propriété, ils ne pouvaient être acquis entre vifs que par la *cessio in jure*, et par l'*adjudicatio*; or l'esclave ne pouvait figurer dans ces modes translatifs de droits réels. Le paragraphe 51 des fragments du Vatican dit en effet : « *Adquiri nobis potest usufructus per eos quos in potestate... habemus, sed non omnibus modis ; sed legato : per in jure cessionem vel judicio familiæ erciscundæ non posse.* » Ce texte indique ensuite un expédient que l'on pouvait prendre pour faire acquérir au maître ces droits réels, sans être obligé de faire son testament.

L'esclave acquérait par la *mancipatio* la pleine propriété pour

[1] Voir, pour le legs d'usufruit, le paragraphe 57, *Fragm. Vatican.* — Justinien abolit cette décision.

[2] Voir la loi 17, § 1, *De legatis* 3°, précédemment citée.

son maître ; celui-ci remancipait à l'aliénateur la nue propriété, et se réservait ainsi l'usufruit : « *Per mancipationem ita potest, ut nos proprietatem quæ illis mancipio data sit, deducto usufructu remancipemus.* »

L'esclave pouvait aussi acquérir pour son maître les divers droits réels prétoriens.

b. Créances. L'esclave, jouant dans un contrat le rôle de créancier, faisait acquérir à son maître le droit de créance. Ainsi dans la stipulation, contrat verbal qui se formait par demande et par réponse, s'il jouait le rôle d'interrogateur ou de stipulant, il était la voix de son maître, et la créance était acquise à ce dernier, que l'esclave eût stipulé pour lui esclave, pour son maître ou *impersonaliter*, même s'il avait stipulé pour son compagnon que le droit acquis à ce dernier investissait le maître [1].

Si l'esclave appartenait à plusieurs maîtres, ceux-ci acquéraient *pro portione dominica*, à moins qu'il n'eût stipulé *nominatim* pour l'un d'eux, ou bien par son ordre, du moins dans ce dernier cas, d'après l'opinion sabinienne qui a prévalu [2]; dans ces deux cas, celui-là seul dont il avait été l'organe, profitait de l'acquisition.

Si l'esclave stipulait *nominatim* pour tous les maîtres, il y avait controverse : des jurisconsultes prétendaient que l'acquisition se réalisait *pro portione dominica*, comme si l'esclave avait stipulé pour lui ou *impersonaliter ;* d'après d'autres, l'acquisition profitait à tous, mais *pro portione virili* [3].

Le droit réel ou de créance appartenait aussi exclusivement à ceux des maîtres qui pouvaient en profiter ; les autres n'y avaient aucun droit [4]. Marcellus dit en effet : « *Nam quodcumque ad omnes dominos non potest pervenire id pro solido ad eum cui adquiri potest, pertinere veteres comprobaverunt* [5].

Ainsi l'esclave commun stipulait-il la chose de l'un de ses

[1] Voir Gaius, Comm. II, § 87 ; au Digeste le titre *De stipulatione servorum*, liv. XLV, tit. III, et aux Institutes, le liv. III, tit. XVII.

[2] Gaius, Comm. III, § 167, et Inst., liv. III, tit. XVII, § 3.

[3] Dans le premier sens voir au Digeste, Ulpien, loi 7, *De stipulatione servorum*, liv. XLV, tit. III. Dans le second sens Pomponius, même titre, loi 37.

[4] Voir Inst., liv. III, tit. XVII, § 3.

[5] Au Digeste, *De auctoritate tutorum*, loi 12, liv. XXVI, tit. VIII.

Telle était la règle ; mais exceptionnellement et par suite d'un *jus singulare*, l'esclave administrateur d'un pécule pouvait acquérir la possession à son maître à l'insu de ce dernier, sans qu'il eût l'*animus domini*, et même sans qu'il pût l'avoir ; par exemple, si le maître était un fou, un pupille *infans*, ou un être moral, comme une cité : « *Item adquirimus possessionem per servum et quidem earum rerum quas peculiariter tenent, etiam ignorantes, sicut Sabino et Cassio et Juliano placuit...; igitur ex causa peculiari et infans et furiosus adquirunt possessionem* [1]. »

d. Parmi les esclaves figuraient ceux faisant partie d'une hérédité *jacens*, c'est-à-dire d'une hérédité qui était entre le moment de la mort du *de cujus* et l'adition d'hérédité que devait faire l'héritier volontaire. Cette hérédité *jacens*, par une fiction utile à l'héritier, était censée représenter la personne du défunt : « *Nondum adita hereditas personam defuncti sustinet* [2]. »

Cet esclave héréditaire pouvait acquérir pour l'hérédité *jacens* des droits réels et de créance, et même la possession, si toutefois il avait un pécule, car autrement l'hérédité *jacens*, être moral, ne pouvait avoir l'*animus domini* nécessaire pour être investie de la possession [3].

Cet esclave héréditaire pouvait être aussi institué héritier ou légataire. Il suffisait que le testateur eût eu faction de testament avec le défunt ; il n'y avait point lieu de tenir compte de l'héritier futur, qui profitait cependant de l'institution alors même qu'il n'avait pu être institué directement [4]. On se demandait même si l'esclave pouvait stipuler *nominatim* pour l'héritier futur, et lui acquérir le bénéfice de la créance ; la question fut controversée ; pour la négative, on rencontre Paul et Papinien [5];

[1] Paul, Digeste, *De adq. possess.*, loi 1, § 5, liv. XLI, tit. II ; voir aussi M. Machelard, *Textes de droit romain expliqués*, p. 50 et 51.

[2] Voir Inst. de Just., liv. II, tit. XIV, § 2. — On y voit l'intérêt de cette fiction pour l'héritier.

[3] Paul, Digeste, *De adquirend. possess.*, liv. XLI, tit. II, loi 1. § 5 ; pour les droits de créance, Inst. de Just., liv. III, tit. XVII : « *Hereditas in plerisque personæ defuncti vicem sustinet : ideoque quod servus hereditarius ante aditam hereditatem stipulatur, adquirit hereditati, ac per hoc etiam heredi postea facto adquiritur.* »

[4] Inst. de Just., liv. II, tit. XIV, § 2. — Ce paragraphe a été cité plus haut.

[5] Digeste, *De stipulat. serv.*, liv. XLV, tit. III, lois 16 et 18, § 1.

dans le sens de l'affirmative, Gaïus et Modestin [1]; ces derniers s'appuyaient sur le principe : « *Qui postea heres extitit, videtur ex mortis tempore defuncto successisse*, » seconde fiction en sens inverse de la première, mais qui, comme cette dernière, était utile à l'héritier.

e. Les maîtres qui, par suite de la tradition faite à leur esclave, acquéraient la possession, par voie de conséquence pouvaient arriver à la propriété. L'esclave avait-il reçu *per traditionem* du véritable propriétaire une *res nec mancipi*, le maître devenait possesseur, et *per hanc possessionem*, il obtenait le domaine quiritaire; la chose était-elle *mancipi*, il avait, outre la possession, le domaine du droit des gens, l'*in bonis* avec la possibilité, par la possession prolongée, de le convertir en domaine quiritaire. Sous Justinien il avait, sans distinction entre les choses corporelles, le seul domaine reconnu à cette époque [2].

Si l'esclave avait reçu par tradition *a non domino* un objet corporel, le maître acquérait la possession; mais dans l'ancien droit romain, il était propriétaire par l'usucapion, c'est-à-dire par la possession prolongée, un an pour les meubles et deux ans pour les immeubles, et, sous Justinien, par la possession de dix ou vingt ans pour les immeubles et par l'usucapion de trois ans pour les meubles [3].

Mais pour acquérir par l'usucapion ou la possession de long temps, il fallait être de bonne foi au commencement de la possession; fallait-il tenir compte de la bonne foi de l'esclave et de celle du maître?

Les jurisconsultes distinguaient si l'esclave avait acquis la possession d'un objet individuel, sans avoir de pécule (*singulariter*); alors sa bonne foi et celle du maître étaient nécessaires, et le maître, pour être de bonne foi, devait connaître le moment précis où l'esclave avait reçu la chose [4].

Si, au contraire, l'esclave, administrateur d'un pécule, avait acquis la possession *peculiariter*, il suffisait qu'il fût de bonne

[1] Même titre, loi 28, § 4, et loi 35.

[2] Inst. de Just., liv. II, tit. IX, § 5 : « *Per hanc possessionem dominium.* » Le même passage ajoute : « *Vel usucapionem aut longi temporis præscriptionem, si dominus non sit.* »

[3] « *Postquam scientia intervenerit, usucapionis conditionem inchoari posse.* » Code, liv. VII, tit. XXXII, loi 1, dans une hypothèse analogue.

foi *ab initio;* on n'exigeait pas que le maître fût de bonne foi, ni même qu'il connût l'acquisition. Toutefois, si le maître la connaissait et était de mauvaise foi, alors l'usucapion était impossible, la bonne foi de l'esclave ne suffisait plus [1].

On voit donc que l'esclave était un intermédiaire intelligent, et de la personnalité duquel il fallait tenir compte. Il fallait même que l'esclave, instrument de possession pour son maître, fût intelligent; il eût été privé de la raison, le maître n'eût point acquis la possession : « *Cæterum et ille per quem volumus possidere, talis esse debet, ut habeat intellectum possidendi, et ideo si furiosum servum miseris, ut possideas, nequaquam videris apprehendisse possessionem* [2]. »

Représentant de son maître, l'esclave devait avoir l'*animus possidendi*, et même il devait avoir la volonté d'acquérir pour son maître [3].

C. Comme autre conséquence du droit du maître sur l'esclave, ce dernier pouvait être soumis à tous les droits dont sont susceptibles les choses d'un patrimoine. *Res mancipi*, il pouvait être aliéné, soit à titre gratuit, soit à titre onéreux, par la *mancipatio* ou la *cessio in jure*. L'acquéreur, qui avait traité avec le véritable propriétaire, obtenait le domaine quiritaire sur l'esclave; si le maître faisait seulement tradition de l'esclave, celui qui recevait l'esclave acquérait le domaine du droit des gens (*in bonis*), et il arrivait au domaine quiritaire par un an de possession [4]; s'il avait reçu l'esclave *a non domino* et qu'il fût de bonne foi, c'est-à-dire qu'il crût traiter avec le véritable propriétaire, au bout d'un an de possession, il acquérait le domaine quiritaire, mais en attendant, il n'avait que la possession [5]; bref, l'esclave était soumis à tous les modes translatifs de propriété et à toutes les règles auxquelles étaient soumises les *res mancipi* [6].

A cause de mort, l'esclave pouvait être transféré à un léga-

[1] Voir Paul, Digeste, *Pro emptore*, liv. XLI, tit. IV, loi 2, §§ 10 à 13 inclusivement.

[2] Paul, Digeste, *De adquir. possess.*, liv. XLI, tit. II, loi 1, §§ 9 et 10.

[3] Voir au Digeste, dans un autre ordre d'idées, Africain, *De ædilitio edicto*, liv. XXI, tit. I, loi 5.

[4] Gaius, Comm. II, § 41.

[5] Gaius, Comm. II, §§ 43 et 44.

[6] Sous Justinien il n'y a plus de distinction entre les *res mancipi* et *nec mancipi*.

taire, dans le legs *per vindicationem* ou *per præceptionem* dans l'opinion des Proculéiens ; dans tous ces cas, l'esclave aliéné entre-vifs ou à cause de mort était brusquement séparé de ceux auxquels il portait une affection naturelle. Çà et là, comme on l'a dit, on rencontre bien quelques décisions d'humanité, mais elles sont rares et ne contredisent pas le principe.

Le maître pouvait grever son esclave d'un droit d'usufruit : entre-vifs, à l'aide de la *cessio in jure ;* à cause de mort, dans le legs *per vindicationem,* ou même *per præceptionem,* d'après la doctrine proculéienne.

Dans ce cas, l'esclave avait, pour ainsi dire, deux maîtres : l'un le nu propriétaire, l'autre l'usufruitier. « Ce dernier avait le droit de se servir de l'esclave, de l'employer à ses affaires (*jus utendi*), et si l'esclave, administrant les biens de l'usufruitier, réalisait avec ces biens une acquisition, cette acquisition profitait à ce dernier comme provenant *ex re sua ;* ainsi l'esclave avec l'argent de l'usufruitier acquérait un objet, l'usufruitier était propriétaire. L'usufruit conférait aussi le droit de percevoir les fruits de la chose grevée d'usufruit (*jus fruendi*). Mais quels fruits pouvait-on percevoir sur un esclave ? Seulement des fruits civils : l'esclave pouvait se louer ou être loué, et la *merces,* provenant du louage de services faits par l'esclave, appartenait à l'usufruitier comme représentant un fruit civil. L'usufruitier d'un esclave acquérait donc *ex re sua* ou *ex operis servi,* et il acquérait ainsi des droits réels, de créance ou de possession. Toutes les acquisitions qui ne rentraient pas dans ces deux catégories (*extra has duas causas*) n'appartenaient pas à l'usufruitier.

Si l'esclave était institué héritier ou légataire, l'institution d'héritier et le legs profitaient au nu propriétaire, car la destination d'un esclave n'était pas de produire des legs et des institutions d'héritier, et ces acquisitions ne rentraient ni dans le *jus utendi* ni dans le *jus fruendi* [1].

Le possesseur de bonne foi de l'esclave d'autrui avait aussi le *jus utendi et fruendi* et il réalisait les mêmes acquisitions que l'usufruitier [2].

[1] Gaius, Comm. II, §§ 91, 94; Comm. III, § 165 ; Inst. de Just., liv. II, tit. IX, § 4; liv. III, tit. XXVIII, § 2.

[2] Gaius, Comm. II, § 92; Comm. III, § 164; Inst. de Just., liv. II, tit. IX, § 4; liv. III, tit. XXVIII, § 1.

Toutefois, un testateur pouvait instituer héritier ou légataire l'esclave soumis à l'usufruit en vue de l'usufruitier (*contemplatione usufructuarii*) ; alors ce dernier pouvait profiter des dispositions testamentaires, l'esclave était son intermédiaire [1].

Si une femme esclave était soumise à l'usufruit, à qui appartenait le *partus*, c'est-à-dire les enfants de cette femme, esclaves eux-mêmes ?

Des jurisconsultes y voyaient un fruit. D'après Cicéron, Scévola et Manilius étaient de cet avis et donnaient le *partus* à l'usufruitier [2]. Brutus était d'un avis contraire, et, suivant Ulpien, son avis prévalut [3]. Le *partus* fut laissé au nu propriétaire, maître de la mère.

Pourquoi en fut-il ainsi ? Ulpien, dans la loi 68 *De usufructu*, Gaius [4] et Justinien [5] répondent que l'homme, pour qui tous les fruits sont créés, ne peut être considéré comme un fruit; motif sans valeur, car il ne s'agissait pas de trancher une question de liberté, mais bien de propriété, entre le nu propriétaire et l'usufruitier ; si la mère est esclave, pourquoi son produit n'appartiendrait-il pas à l'usufruitier, comme le petit de la femelle lui appartient ?

Le véritable motif de cette décision est donné par Ulpien dans un autre texte. L'usufruitier n'a droit qu'aux produits qui doivent se renouveler et que l'on appelle *fruits;* or, les femmes esclaves étaient destinées à travailler et non à enfanter : « *Non temere ancillæ ejus rei causa comparantur ut pariant* [6]. »

Le maître pouvait conférer à une personne, soit entre-vifs, soit à cause de mort, et par les modes que nous indiquions tout à l'heure, un simple droit d'usage. L'usager, ayant le *jus utendi* seul, ne pouvait acquérir des droits réels, de créance ou de possession, que *ex re sua*, c'est-à-dire en se servant de l'esclave comme administrateur de ses affaires et de ses biens [7].

[1] Ulpien, Digeste, *De usuf.*, liv. VII, tit. I, lois 21 et 22.

[2] *De finibus bonorum et malorum*, 1, n° 4.

[3] Digeste, *De usuf.*, liv. VII, tit. I, loi 68.

[4] Digeste, *De usuris*, liv. XXII, tit. I, loi 28.

[5] Inst., liv. II, tit. I, § 37.

[6] Digeste, *De petit. hered.*, liv. V, tit. III, loi 27.

[7] Justinien se trompe dans ses Institutes, liv. III, tit. XXVIII, § 2, en donnant à l'usager des acquisitions provenant *ex operis servi* et en l'assimilant à l'usufruitier.

Quand il y avait usufruit sur un esclave, les textes du droit romain donnent une idée de toutes les complications juridiques qui pouvaient résulter de la présence de l'esclave dans les contrats.

Première hypothèse. — L'esclave prêtait l'argent de l'usufruitier et stipulait *nominatim* pour le nu propriétaire la restitution de cet argent ; le nu propriétaire, maître de l'esclave, devenait créancier. « *Julianus scribit eum qui ex re fructuarii stipuletur nominatim proprietario, vel jussu ejus, ipsi adquirere* [1]. En effet, le nu propriétaire peut réaliser toutes les acquisitions qui ne peuvent profiter à l'usufruitier, « *quod fructuario adquiri non potest, proprietario quæri* [2]. » Or, l'esclave, stipulant *nominatim* pour le nu propriétaire ou par son ordre, ne pouvait être l'intermédiaire de l'usufruitier ; toutefois, celui-ci était appauvri par le fait de l'esclave qui avait rendu le nu propriétaire créancier à raison d'une somme qui appartenait à l'usufruitier ; aussi, en vertu d'un principe général fondé sur l'équité, le nu propriétaire avait retenu *sine causa* la créance acquise, il n'avait pu donner un motif légitime de sa conduite, et il devait dès lors la céder à l'usufruitier qui obtenait indirectement ce qu'il ne pouvait avoir directement. Pomponius examine la question et après avoir donné la solution que nous avons rappelée tout à l'heure, il se demande « *qua actione fructuarius recuperare possit a domino proprietatis, requirendum est,* » et il conclut : « *et non sine ratione est quod Gaius noster dixit : condici in utroque casu posse domino* [3]. » Il donne donc à l'usufruitier la *condictio sine causa* contre le nu propriétaire pour obtenir la cession de la créance que celui-ci avait acquise.

Le jurisconsulte dit *in utroque casu*, parce que la même question, se présentant pour le possesseur de bonne foi de l'esclave d'autrui, reçoit la même solution.

Si l'esclave avait acquis, avec l'argent de l'usufruitier, non plus une créance, mais un droit réel, la propriété d'un objet pour le nu propriétaire, ce dernier aurait été tenu par la *condictio sine causa* de le restituer à l'usufruitier.

[1] Ulpien, Digeste, *De usufructu*, liv. VII, tit. I, loi 25, § 3.
[2] Même loi.
[3] Digeste, *De stipul. servor.*, liv. XLV, tit. III, loi 39.

Deuxième hypothèse. — A l'inverse, l'esclave pouvait prêter l'argent du nu propriétaire et stipuler *nominatim* pour l'usufruitier. Ce dernier ne pouvait acquérir la créance, car l'esclave ne pouvait être pour lui un instrument d'acquisition que si cette acquisition provenait *ex re fructuarii* ou *ex operis servi.* De même s'il s'agissait d'un droit réel acquis avec la chose du nu propriétaire *nominatim* pour l'usufruitier. «*Nihil agit, si non ex re fructuarii, nec ex operis suis fructuario stipuletur*[1]. » L'esclave n'a rien fait (*nihil agit*), parce qu'il n'a pas entendu être le représentant du nu propriétaire, et qu'il n'a pu être, dans ce cas, celui de l'usufruitier.

Troisième hypothèse. — L'esclave était soumis à l'usufruit de deux personnes. L'un des co-usufruitiers le prenait pour intermédiaire et lui confiait de l'argent à administrer. L'esclave prêtait cet argent en stipulant *nominatim* pour cet usufruitier ou, par suite d'un ordre spécial de ce dernier, la créance était acquise exclusivement à cet usufruitier. Il en était de même d'un droit réel acquis par cet esclave.

Mais il avait stipulé sans désigner personne (*impersonaliter*). Le bénéfice de la créance appartenait sans contestation pour la moitié à l'usufruitier qui avait confié la somme. Mais que décider quant à l'autre moitié ? Scévola dans son livre II de ses *Questions* [2] attribuait cette moitié au nu propriétaire; il raisonnait ainsi : l'esclave soumis à deux usufruitiers avait acquis une créance qui se divisait en deux parties; une première moitié était utilement acquise par l'usufruitier qui avait remis la somme à l'esclave ; quant à la seconde moitié, elle ne pouvait être acquise à l'autre usufruitier, car elle ne provenait ni *ex re sua* ni *ex operis servi;* elle appartenait donc au nu propriétaire qui avait le droit de recueillir toutes les acquisitions qui ne profitaient pas aux usufruitiers ; seulement, dans l'opinion adoptée par Scévola, le nu propriétaire aurait dû céder à l'usufruitier, à qui appartenait la somme, la moitié de la créance qu'il ne pouvait garder sans justes motifs.

Le même Scévola, dans le livre XIII du même ouvrage [3],

[1] Ulpien, Digeste, *De usufructu*, liv. VII, tit. I, loi 25, § 3.

[2] Ulpien rapporte l'avis de ce jurisconsulte, Digeste, *De usuf.*, liv. VII, tit. I, loi 25, § 6.

[3] Digeste, *De stipul. servorum*, liv. XLV, tit. III, loi 19. — Cette loi rat-

décida que l'usufruitier devait acquérir la totalité de la créance par application de ce qui avait été décidé, quand l'acquisition ne pouvait profiter à plusieurs maîtres ; celui-là seul acquérait qui pouvait la réaliser utilement. Ici, le co-usufruitier ne pouvait être créancier par moitié, la totalité de la créance devait appartenir à l'autre usufruitier. « *Nam et in veris dominis, quotiens utrique adquiritur, totiens partes adquiri. Cæterum si alius non adquiratur, alium solidum habiturum.* »

La seconde opinion de Scévola, qui simplifiait les choses, dut prévaloir, et ce point est attesté par Ulpien [1].

La même doctrine devait recevoir son application quand l'esclave avait acquis un droit réel avec la chose de l'un des usufruitiers.

Le maître d'un esclave pouvait léguer sur cet esclave un droit réel particulier appelé *operæ servorum*, et dont il est traité au Digeste [2]. Il transmettait au légataire tous les services juridiques de l'esclave, et ce légataire profitait de toutes les acquisitions provenant de ces services. Ce droit différait tout à la fois de l'usufruit et de l'usage sur un esclave, en ce que le droit du légataire était transmissible à ses héritiers, et il ne s'éteignait ni par la *capitis diminutio* du légataire, ni par le non-usage ; il se rapprochait de l'usufruit en ce qu'il pouvait être loué par le légataire [3].

L'esclave pouvait être grevé de droits réels prétoriens, notamment de l'hypothèque, et nous verrons que cela pouvait nuire à son affranchissement. Il pouvait aussi être donné en gage à un créancier du maître ; dans tous ces cas, il jouait évidemment le rôle d'une chose faisant partie du patrimoine du maître.

D. Entre le maître et l'esclave, il ne pouvait exister de rela-

sonne dans l'hypothèse de deux possesseurs de bonne foi de l'esclave d'autrui, mais la solution est la même que pour les co-usufruitiers.

[1] Digeste, *De adquir. rerum domin.*, liv. XLI, tit. I, loi 23, § 3.—Au lieu de *ut ei duntaxat* IN SOLIDUM *adquirat*, il faut lire *pro parte*, car le jurisconsulte rapporte l'opinion de Scévola dans son livre II des *Questions*, et la loi 25, § 6, *De usufructu*, donne exactement la doctrine qu'il avait d'abord soutenue. D'ailleurs, si on maintenait *in solidum*, la loi 23, § 3, *De adq. rer. domin.*, ne se comprendrait plus, puisque Ulpien rapporte deux avis contradictoires de Scévola, et que, d'après le texte, ils seraient semblables.

[2] Liv. VII, tit. VII.

[3] Papinien, Digeste, *De usu et usuf., etc.*, liv. XXXIII, tit. II, loi 2.

tions de créancier et de débiteur, ni de principe d'action ; le maître et l'esclave ne faisaient qu'un, et la personnalité de l'esclave ne se dégageait pas de celle du maître.

Mais cette doctrine recevait des exceptions.

a. *Contrats.* — D'après le droit civil, il ne naissait aucune obligation civile entre le maître et l'esclave, que celui-ci se constituât créancier ou débiteur.

Mais *jure prætorio* il n'en était plus de même, si le maître avait confié un pécule à son esclave. Dans ce cas, le patrimoine du maître, et celui confié à l'esclave pour l'administrer, étaient considérés comme étant distincts, et il existait des relations de personnes libres entre le maître et l'esclave. Les dettes du maître augmentaient le pécule ; celles de l'esclave le diminuaient [1]. Pomponius dit que, dans ce cas, pour apprécier si l'esclave est débiteur ou créancier du maître, il faudra examiner les créances et les dettes d'après les règles ordinaires du droit civil : « *Ex causa civili computandum est* [2]. »

De plus, *jure naturali*, le maître, débiteur de son esclave, était tenu d'une obligation naturelle, obligation dépourvue d'action, mais qui produisait plusieurs effets civils que l'esclave affranchi pouvait faire valoir [3].

A l'inverse, l'esclave, débiteur de son maître, était tenu aussi d'une obligation naturelle, que le maître pouvait faire valoir indirectement après l'affranchissement, sans avoir le droit d'intenter une action [4]. Le principe était toujours suivi, même si l'esclave avait contracté une obligation pour obtenir la liberté [5], mais en punissant le dol de l'esclave affranchi qui se jouait de la promesse faite pendant l'esclavage [6] ; plus tard, Alexandre

[1] Consulter au Digeste le titre *De peculio*, liv. XV, tit. I. Voir, du reste, *infra*.

[2] Digeste, *De peculio*, liv. XV, tit. I, loi 49, § 2.

[3] Voir Ulpien, Digeste, *De oblig. et act.*, liv. XLIV, tit. VII, loi 14 : « *Ex contractibus autem naturaliter obligant.* »

[4] Même loi. « *Ex contractibus autem civiliter non obligantur, sed naturaliter obligantur.* » Voir Savigny, *Droit romain*, traduction Guénoux, *Appendice* IV, t. II; Massol et Machelard, *Sur l'obligation naturelle.*

[5] Paul, Digeste, *De operis libertorum*, liv. XXVIII, tit. I, loi 7, pr., § 2 ; Venuleius, *De liberali causa*, liv. XLIV, tit. XII.

[6] Ulpien, Digeste, *De dolo malo*, liv. IV, tit. III, loi 7, § 8.

Sévère donna, dans ce cas, contre l'affranchi coupable une action *in factum* [1].

b. *Délits.* — Le maître ne pouvait devenir créancier de son esclave à raison des délits commis par ce dernier à l'égard de son maître. Il n'avait que le droit de correction. Aux yeux du droit civil, le maître et l'esclave étaient la même personne, et il ne pouvait exister entre eux aucune relation de créancier et de débiteur. L'esclave fût-il même affranchi plus tard, le maître n'avait aucune action contre son esclave [2].

Cette doctrine avait cependant une exception contre un esclave qui pouvait profiter de sa situation pour commettre impunément des délits contre son maître. Il s'agissait d'un esclave affranchi par testament et qui commettait un vol ou un dommage au détriment de l'hérédité, dans l'intervalle qui s'écoulait entre la mort du testateur et l'adition d'hérédité que devait faire l'héritier. L'esclave était toujours esclave pendant cet intervalle, car il n'était libre qu'au moment de l'adition d'hérédité, mais il était sous la puissance d'un être moral qui ne pouvait le châtier. Plus tard, l'héritier ne pouvait agir, puisqu'il y avait eu délit commis à l'égard de l'hérédité, maîtresse du délinquant.

« *Natura æquum est*, dit Ulpien [3], *non esse impunitum eum, qui hac spe audacior factus est : quia neque ut servum se coerceri posse intelligit, spe imminentis libertatis ; neque ut liberum damnari, quo hereditati furtum fecit, hoc est, dominæ. Dominus autem dominave non possunt habere furti actionem cum servo suo, quamvis postea ad libertatem pervenerit, vel alienatus sit : nisi si postea contrectaverit.* »

Le préteur pense qu'il fallait réprimer la fraude de ces esclaves parvenus à la liberté, et il donna contre eux l'action au double de la valeur de ce qu'ils avaient enlevé ou du dommage causé à l'hérédité : « *Et re itaque esse prætor putavit, calliditatem et protervitatem horum qui hereditates depopulantur duplica-*

[1] Code, liv. IV, tit. XIV, loi 3 ; Massol, *Obligations naturelles*, p. 163.

[2] Gaius, Comm. IV, § 78 ; voir Ulpien, Digeste, liv. XLVII, tit. I, loi 17 ; Inst. de Just., liv. IV, tit. I, § 12 ; liv. IV, tit. VIII, § 6 ; Code, liv. IV, tit. XIV, loi 6.

[3] Digeste, *Si is qui testamento*, liv. XLVII, tit. IV.

tione coercere[1]. » Cette action n'était donnée que contre l'esclave coupable de dol ou d'une faute lourde [2].

On trouve encore des cas exceptionnels où l'esclave pouvait agir même au civil contre son maître et le traduire en justice, quoique, en thèse générale, l'esclave ne pût *stare in jure vel in judicio.*

Marcien dit en effet : « *Nullo modo servi cum dominis consistere possunt, cum nequidem omnino jure civili, neque jure prætorio, neque extra ordinem computantur* [3]. »

Nous avons vu des exceptions en matière criminelle, et Hermogénien [4] en cite de nouvelles dans l'ordre civil. Ainsi l'esclave pouvait agir contre son maître : 1° si celui-ci ne lui conférait pas la liberté laissée par fidéicommis [5] ; 2° si l'esclave s'était fait acheter avec ses écus, et que l'acheteur ne voulût pas, au mépris de la foi jurée, affranchir l'esclave ; 3° s'il avait été affranchi à la condition de rendre ses comptes et que le maître ne voulût pas les recevoir, alors l'esclave demandait au magistrat un arbitre ; 4° si l'on convenait avec un maître qu'il affranchirait l'esclave dont on payait l'affranchissement, et qu'ensuite ce maître ne voulût pas l'affranchir.

Dans tous ces cas, le magistrat statuait *extra ordinem.* Nous reviendrons, du reste, sur ces points en traitant de l'affranchissement.

Tels étaient les rapports *juridiques* entre le maître et l'esclave ; l'exposition des rapports *de fait* tiendrait à la littérature et à l'histoire ; elle a été faite par M. Wallon dans l'ouvrage déjà cité.

QUATRIÈME SECTION. — Rapports du maître et des tiers.

A. *Jure civili*, le maître ne pouvait être tenu par suite des obligations découlant *contractu* ou *quasi ex contractu* contractées par l'esclave. Ce dernier était tenu *naturaliter*, mais le créan-

[1] *Eodem loco.*

[2] Voir loi 1, pr., et § 2 du même titre. — La loi 1, § 14, étend l'édit du préteur aux dommages causés par l'esclave. *Subripuisse aut corrupisse*, porte la rubrique du titre.

[3] Digeste, *De lege Cornelia*, liv. XLVIII, tit. X, loi 7.

[4] Digeste, *De judiciis*, liv. V, tit. VIII, loi 53.

[5] Pomponius, Digeste, *De fideicomm. libert.*, liv. XL, tit. V, loi 44.

cier n'avait aucune action contre le maître, tel était le droit primitif.

Le préteur le modifia profondément. Il pensa d'abord que toutes les fois qu'un esclave serait le mandataire de son maître, celui-ci devrait être tenu vis-à-vis des tiers qui avaient contracté avec l'esclave.

Il donna contre le maître une action appelée *quod jussu*, par laquelle le maître était tenu de la totalité de la créance (*in solidum*). Ulpien dit : « *Merito ex jussu domini in solidum adversus eum judicio datur, nam quodam modo cum eo contrahitur qui jubet* [1]. »

L'esclave avait-il agi spontanément et comme gérant d'affaires, si le maître ratifiait l'opération, il était tenu par la même action et tenu *in solidum* [2]. Cette solution se rattachait au principe : *ratihabitio mandato æquiparatur*.

Si le maître avait donné un mandat d'une nature spéciale, en préposant un esclave, soit à un commerce maritime, à la conduite d'un navire, soit à un commerce terrestre, à une boutique, le préteur donnait, dans le premier cas, une action dite *exercitoria* contre le maître qui était l'*exercitor*, l'armateur; dans le second cas, une action dite *institoria*. Ici, le nom de l'action venait du préposé appelé *institor* [3]. Ces deux actions différaient en quelques points, mais elles étaient toutes deux *in solidum*.

Une fois cette réforme introduite par le préteur, le droit civil alla plus loin. Partant de cette idée qu'en contractant avec une personne par ordre d'une autre, on ne contracte pas avec cette dernière, mais on met sa confiance en elle, les jurisconsultes décidèrent que celui qui contracterait avec l'esclave, mandataire ou préposé du maître, était censé suivre la foi du maître (*fidem domini sequi videtur*) [4], et, par suite, reconnaissant là le carac-

[1] Digeste, *Quod jussu*, liv. XV, tit. IV, loi 1 ; Gaius, Comm. IV, § 70; code de Théodose, loi 1, liv. II, tit. XXXI ; Inst. de Just., liv. IV, tit. VII, § 1 ; code de Justinien, liv. IV, tit. XXVI, loi 13.

[2] Ulpien, Digeste, *Quod jussu*, liv. XV, tit. IV, loi 1, § 6 ; *De in rem voco*, liv. XV, tit. III, loi 1, § 2. — Cette dernière doit être lue avec un temps d'arrêt après les mots *ratum habuerit*, qui se rattachent à la phrase précédente.

[3] Gaius, Comm. IV, § 71 ; au Digeste, liv. XIV, tit. I et III; Inst., liv. IV, tit. VII, § 2 ; Code, liv. IV, tit. XXV.

[4] Inst. de Just., liv. IV, tit. VII, § 1.

tère d'un crédit accordé au maître, de ce qu'ils appelaient *res credita*, ils donnèrent à celui qui avait traité avec l'esclave la *condictio* contre le maître, action éminemment civile [1].

Le maître, comme on l'a vu, avait l'habitude de confier à son esclave l'administration d'un pécule. Ce pécule était, avons-nous dit, une portion des biens du maître que celui-ci détachait de son propre patrimoine et que l'esclave devait faire fructifier.

Des rapports très-compliqués résultaient de cet état de choses. Le préteur les avait abordés et dénoués [2].

Il partait du principe que le maître permettait à son esclave de s'obliger, mais seulement à raison de ses actes licites et jusqu'à concurrence de la consistance du pécule, *de peculio tenus*. Le créancier qui avait traité avec l'esclave poursuivait le maître, mais il n'obtenait pas une condamnation *in solidum*, si la consistance du pécule n'était pas égale à ce qui lui était dû ; en d'autres termes, le maître n'était tenu que *intra vires peculii*.

Il pouvait se faire que l'esclave auquel un pécule était confié y trouvât un esclave auquel il confiait à son tour une portion des biens qui lui avaient été remis. On rencontrait alors deux pécules : 1° celui de l'ordinaire ; 2° celui du vicaire. Il y avait lieu de tenir compte des rapports qui existaient entre le maître et l'ordinaire et ceux de l'ordinaire et du vicaire, rapports qui supposaient qu'il y avait en présence des personnes libres et des patrimoines également indépendants.

Le créancier qui avait contracté avec le vicaire ne pouvait poursuivre le maître que *de peculio vicarii*, tandis que celui qui contractait avec l'ordinaire poursuivait *de peculio ordinarii*, et le pécule du vicaire, accessoire du pécule de l'ordinaire, était compris dans ce dernier avec le vicaire lui-même, tandis que la réciproque n'était pas vraie ; le pécule du vicaire ne comprenait ni le pécule de l'ordinaire ni le vicaire lui-même, mais seulement les biens qui avaient été concédés à ce dernier ; il y avait donc grand intérêt à faire cette distinction [3].

[1] Inst. de Just., liv. IV, tit. VII, § 8. — Nous laissons de côté les questions qui sortent de notre sujet, notamment celle de savoir si la *condictio* était donnée quand le contrat passé avec l'esclave était un contrat de bonne foi. Voir Léon, Digeste, *Pro socio*, liv. XVII, tit. II, loi 84.

[2] Voir Digeste, titre *De peculio*, liv. XV, tit. I, et le titre suivant.

[3] Voir surtout Ulpien, Digeste, *De peculio*, liv. XV, tit. I, loi 17.

Cette action *de peculio* donnait lieu à de très-graves difficultés, et il faudrait une dissertation spéciale pour les aborder ; elles se compliquaient encore, si l'esclave était soumis au droit d'usufruit ou d'usage, car il pouvait avoir un pécule confié par l'usufruitier et l'usager. C'est surtout dans cette matière que l'on peut avoir une idée des complications juridiques que produisait l'esclavage romain.

L'esclave pouvait faire le commerce sur une portion du pécule confié à ses soins. Dans ce cas, les créanciers commerciaux avaient le droit de demander au maître la distribution des valeurs qui avaient servi au commerce : si le maître faisait une distribution frauduleuse, il était tenu de l'action *tributoria* [1].

Quand il s'agissait de l'action *de peculio*, le premier créancier qui obtenait condamnation était payé avant tous les autres, et par suite le maître, qui était créancier de son esclave, avait privilége ; car, ne pouvant poursuivre son esclave, il était censé le premier occupant. On disait que les créances du maître diminuaient le pécule et que ce pécule devait être supputé, déduction faite de ces créances. « *Peculium autem deducto quod domino debetur, computandum esse ; quia prævenisse dominus et eum servo suo egisse creditur* [2]. »

Dans l'action tributoire, le maître venait au marc le franc avec tous les autres créanciers, et il n'y avait aucun privilége pour aucun d'eux, de sorte que, bien que par cette action on n'embrassât pas la totalité du pécule, cependant, dans certains cas, elle pouvait être plus avantageuse que l'action *de peculio* [3].

Si le maître était débiteur de l'esclave, alors la dette augmentait la consistance du pécule.

Enfin, le droit prétorien était encore parti du principe que, quand bien même le maître n'aurait donné aucun mandat à son esclave, si cependant celui-ci, à raison de ses actes juridiques, avait enrichi le maître, il était de toute justice que ce der-

[1] Gaius, Comm. IV, § 72 ; Digeste, liv. XIV, tit. IV ; Inst. de Just., liv. IV, tit. VII, § 3.

[2] Voir Ulpien, Digeste, *De peculio*, liv. XV, tit. I, loi 9, §§ 2, 3 et 4. — On supputait le pécule déduction faite de l'obligation naturelle de l'esclave envers son maître, dit la loi 12 au Code, liv. IV, tit. XXVI.

[3] Inst. de Just., liv. IV, tit. VII, § 5.

nier fût tenu jusqu'à concurrence de son enrichissement, *de in rem verso* [1].

Le principe était, que le maître était tenu sinon du tiers de l'action *de in rem verso* toutes les fois qu'en supposant l'esclave homme libre, il eût eu contre le maître l'action de mandat ou de gestion d'affaires : « *Et regulariter dicimus*, dit Ulpien, *totiens de in rem verso esse actionem, quibus casibus procurator mandati, vel qui negotia gessit, negotiorum gestorum haberet actionem* [2]. »

Nous présentons cette action comme distincte de l'action *de peculio*, malgré les discussions qui se sont élevées sur ce point entre les jurisconsultes romains et qui avaient trait à la procédure. Il est certain qu'il faut les distinguer avec le plus grand soin [3].

Le droit civil suivit encore le droit prétorien. Il accepta cette idée assez simple qu'il suffisait de l'enrichissement injuste d'une personne au détriment d'une autre, pour que celui qui s'était ainsi enrichi fût tenu de rendre ce que, d'après les principes de l'équité, il ne pouvait garder. Le maître, pensa-t-on, ne pouvait équitablement profiter des agissements de l'esclave pour s'enrichir aux dépens d'autrui et il fut tenu de la *condictio* [4].

Si le pécule avait été légué, à qui les créanciers du pécule devaient-ils s'adresser ? Après controverse, on décida que l'héritier, maître de l'esclave, serait tenu de désintéresser les créanciers, et que ceux-ci ne pouvaient pas poursuivre le légataire [5]. Mais l'héritier pouvait ne délivrer le pécule au légataire que si celui-ci prenait l'engagement de le défendre contre les créanciers, car le pécule ne devait être compris que déduction faite des dettes dont il était tenu [6].

B. Le maître pouvait avoir des actions à exercer à l'encontre des tiers et à raison de ses esclaves.

[1] Gaius, Comm. IV, § 73 ; Digeste, *De in rem verso*, liv. XV, tit. III, et Inst. de Just., liv. IV, tit. VII, § 4.

[2] Digeste, *De in rem verso*, liv. XV, tit. III, loi 3, § 2.

[3] Voir notamment Ulpien, Digeste, *De in rem verso*, liv. XV, tit. III, loi 1, § 1 ; Code, liv. VII, tit. XXVI, loi 7, pr.

[4] Africain et Celse, Digeste, *De rebus creditis*, liv. XII, tit. I, lois 23 et 32 ; Inst. de Just., liv. IV, tit. VII, § 8.

[5] Ulpien, Digeste, *Quando de peculio*, liv. XV, tit. II, loi 1, § 7.

[6] Marcien, Digeste, *De peculio legato*, liv. XXXIII, tit. VIII, loi 18.

a. Action résultant des délits commis par les tiers sur l'esclave.

Un plébiscite connu sous le nom de *lex Aquilia*[1] dont on place la date en l'an 468 de Rome, donna une action au maître contre celui qui tuerait ou blesserait l'esclave contrairement au droit (*injuria*) soit par dol, c'est-à-dire sciemment, soit par faute, c'est-à-dire imprudemment (*culpa*); s'il n'y avait ni faute, ni dol, le maître n'avait pas d'action. Ainsi l'esclave avait été blessé, tué même, alors qu'il menaçait la vie d'un citoyen qui se trouvait en état de légitime défense, ou bien alors qu'il n'y avait rien à reprocher à ce citoyen, le meurtre ou la blessure étaient impunis[2].

D'après le premier chef de la loi Aquilia, si l'esclave avait été tué, le maître avait droit de réclamer la plus haute valeur qu'il avait eue dans l'année, calculée en remontant depuis le jour du meurtre, et cela sans qu'il y eût lieu de tenir compte de sa valeur au jour de la mort; d'après le troisième chef, si l'esclave avait été seulement blessé, le maître obtenait la plus haute valeur que l'esclave avait eue dans les trente jours précédents[3].

Cette loi faisait ces rapprochements, qui se rencontrent partout où règne l'esclavage; ainsi, à côté du meurtre ou des blessures de l'esclave, elle s'occupait des cas où l'on avait fait périr les animaux paissant en troupeaux, et notamment les cochons[4].

Le préteur avait aussi réprimé un délit spécial qui consistait à corrompre un esclave, c'est-à-dire à lui donner de mauvais conseils. Le maître avait une action *de servo corrupto*[5]; cette action procurait le double du dommage causé, par exemple, le double de la diminution du prix que subissait l'esclave corrompu et aussi le double de la valeur des choses que, sous l'influence de mauvais conseils, il avait pu enlever[6].

[1] Voir au Digeste, liv. IX, tit. II, et loi 1, § 1.

[2] Ulpien, Digeste, *Ad legem Aquiliam*, liv. IX, tit. II, loi 3.

[3] Gaius, Comm. III, §§ 210, 217, 218; Gaius et Ulpien, Digeste, *Ad legem Aquiliam*, liv. IX, tit. II, lois 2 et 27, § 5; Inst. de Just., liv. IV, tit. III.

[4] Voir M. de Champagny, *les Césars*, 3e vol., p. 117.

[5] Voir au Digeste, liv. XI, tit. III.

[6] Ulpien et Paul, Digeste, *De servo corrupto*, liv. XI, tit. III, loi 9, § 3, et loi 10.

Le même édit punissait celui qui donnait sciemment à l'esclave un refuge pour qu'il pût se soustraire aux recherches de son maître [1].

Du reste, on traitait comme voleur celui qui cachait un esclave fugitif et à Rome on avait organisé, comme dans tous les pays à esclaves, une chasse pour les ramener à leur maître [2]. L'acheteur de bonne foi d'un esclave fugitif ne pouvait en devenir propriétaire même par une possession prolongée, parce que, disait-on, l'esclave qui s'enfuit se vole lui-même [3], et les choses volées ne pouvaient être acquises ni par l'usucapion, ni par la possession de long temps.

Les esclaves fugitifs, sous peine d'amende pour le recéleur, devaient être remis aux magistrats et même les maîtres pouvaient obtenir du magistrat la permission de faire des recherches sur les domaines d'autrui [4].

Constantin se montra encore très-inhumain ; d'après une constitution [5], si l'esclave prenait la fuite chez les barbares, on devait lui couper un pied ou le condamner aux mines, ou enfin lui infliger toute autre peine. Justinien, dans la novelle 134, chapitre XIII, intitulée : *De pœnarum omnium moderatione*, introduit dans l'application des peines des tempéraments dont durent profiter les esclaves fugitifs.

Constantin s'était en outre montré très-sévère pour celui qui cachait, à l'insu du maître, un esclave fugitif [6]. Il devait le rendre avec 20 solides ou un autre esclave d'une valeur pareille au fugitif. S'il récidivait, la peine augmentait ; il devait alors deux ou trois esclaves outre le fugitif qu'il restituait, ou bien deux ou trois fois 20 solides : s'il était insolvable, il était châtié. Il arrivait quelquefois que l'esclave fugitif se prétendait libre, et celui qui l'avait caché soutenait sa prétention. D'après

[1] Voir, dans ce titre, le texte de l'édit, loi 1, pr.

[2] Voir au Digeste le titre *De fugitivis*, liv. XI, tit. II ; Paul, *Sentences*, liv. I, tit. VI ; Code, liv. VI, tit. I. Apulée (liv. VI, épisode de Psyché) : « *Tunc etiam legibus quæ servos alienos profugos, invitis dominis, vetant suscipi, prohibeor.* » Champagny, *des Césars*, 3e vol., p. 121.

[3] Code, liv. VI, tit. I, loi 1.

[4] Voir au Digeste le titre *De fugitivis*, déjà cité.

[5] Code, liv. VI, tit. III, loi 3.

[6] Code, loi 4, même titre.

Constantin [1], le fugitif devait être mis à la question « *ut aperta veritate, disceptationis terminus fiat,* » et il ajoute : « *Quid non solum utrisque jurgantibus proderit, sed etiam servorum animos a fuga poterit deterrere.* »

Les esclaves se réfugiaient dans les églises pour se soustraire à la puissance de leurs maîtres. Si l'esclave avait pénétré dans l'église, sans armes, les clercs devaient, dans le délai d'un jour, avertir le maître qui pouvait emmener le fugitif, mais sans le châtier. S'il avait pénétré avec des armes, il devait être chassé de suite : le maître devait être averti, et si l'esclave résistait, on pouvait employer la force contre lui, et s'il était tué, le maître était irresponsable [2].

« Quelle loi civile, dit Montesquieu [3], pouvait empêcher un esclave de fuir, lui qui n'est point dans la société, et que par conséquent aucune loi civile ne concerne ? Il ne peut être retenu que par une loi de famille, c'est-à-dire par la loi du maître. »

C. A l'inverse, le maître pouvait être actionné par les tiers à raison des délits commis par l'esclave; la victime du délit avait le droit de réclamer au maître des dommages-intérêts, mais le maître poursuivi et même condamné pouvait s'affranchir de la poursuite ou de la condamnation en abandonnant à la victime l'esclave coupable ; c'était ce que l'on appelait faire l'abandon noxal; on appelait NOXA : *corpus quod nocuit,* ici, l'esclave [4].

Cette décision se comprend très-bien dans une société ou règne l'esclavage, car, comme le dit Justinien, « *summa autem ratione permissum est noxæ deditione de fungi : namque erat iniquum nequitiam eorum ultra ipsorum corpora dominis damnosam esse* [5], » il ne faut pas que l'esclave par ses délits puisse ruiner son maître.

[1] Loi 6 au Code, même titre.

[2] Voir, au code de Théodose, une constitution des empereurs Valentinien et Théodose, liv. IX, tit. XLV, loi 5 ; et code de Justinien, liv. I, tit. XII, loi 4.

[3] *Esprit des lois*, liv. XV, chap. XXV.

[4] Voir au Digeste le titre *De noxalibus actionibus,* liv. IX, tit. III ; Gaius, Comm, IV, §§ 75 et suiv.; Inst. de Just., liv. IV, tit. VIII ; Ovide (*Fastes*, liv. I, vers 359) dit :

Noxæ tibi deditus hostis.

[5] Instit., liv. IV, tit. VIII, § 2.

Aussi le préteur avait-il prévu le cas où un groupe d'esclaves, une famille (*familia*) aurait commis un délit. Si le délit était commis par plusieurs personnes libres, chacune d'elles était condamnée pécuniairement *in solidum* et le payement fait par l'une d'elles ne libérait pas les autres. Si on eût appliqué rigoureusement le droit civil, quand plusieurs esclaves commettaient un délit, le maître eût été obligé de payer les dommages-intérêts pour chacun d'eux, ou de faire l'abandon noxal de tous les esclaves ; le préteur trouva cela trop dur : « *Utilissimum id edictum prætor proposuit, quo dominis prospiceret adversus maleficia servorum; videlicet ne, cum plures furtum admittunt, evertant domini patrimonium, si omnes dedere aut pro singulis æstimationem litis offerre cogitur* [1]. »

Le préteur permit donc au maître innocent d'abandonner noxalement les esclaves coupables, ou bien de payer les dommages-intérêts comme si un homme libre avait commis le délit ; dans ce cas, le maître gardait les esclaves.

D. Le maître avait le droit d'aliéner son esclave, et il pouvait en le vendant imposer à l'acheteur des conditions, les unes favorables, les autres défavorables à l'esclave.

a. Parmi les clauses défavorables, nous signalerons celles qui pouvaient être dictées par la crainte qu'un esclave inspirait à son maître.

1° On rencontre dans les textes la clause qui interdit la liberté à l'esclave (*ne manumitteretur*). Si l'acheteur contrevenait à cette clause, l'esclave n'était pas libre : « *Neque enim conditio quæ personæ ejus cohæsit, immutari facto ejus qui ea lege comparavit potest* [2]. » Ce même texte ajoute que le vendeur ne pourrait pas obtenir la peine qu'il avait stipulée pour le cas où l'on contreviendrait à cette clause ; et Papinien, contrairement à l'avis de Sabinus, donnait la même décision en disant : que la peine avait été stipulée pour le cas où l'affranchissement recevrait son exécution et non pas pour le cas où l'acheteur voudrait affranchir ; « *nam incredibile est, de actu manumittentis ac non potius de effectu beneficii cogitatum* [3]. »

[1] Ulpien, Digeste, *Si familia furtum*, liv. XLVII, tit. VI, loi 1.

[2] Const. de Gordien, code de Just., liv. IV, tit. LVII, loi 5 ; voir M. de Champagny, *des Césars*, 3e vol., p. 121.

[3] Digeste, *De servis exportandis*, liv. XVIII, tit. VII, loi 6.

2° Le vendeur convenait que l'esclave vendu ne séjournerait pas dans un endroit désigné, à Rome, par exemple, ou bien qu'il serait exporté de telle province. Le vendeur pouvait faire remise de cette clause ; car, dit Papinien, *propter domini securitatem, custoditur lex, ne periculum subeat*[1].

D'ordinaire elle était énergiquement sanctionnée. Le vendeur convenait que si l'acheteur ou ses successeurs violaient la clause, il aurait le droit de reprendre l'esclave et d'user de la *manus injectio*[2]. Cette clause n'exemptait pas l'acheteur d'affranchir l'esclave, pourvu qu'il ne vînt pas demeurer dans les endroits prohibés, autrement l'ancien maître ne pouvait reprendre, il est vrai, l'esclave désormais libre, mais le fisc le revendiquait comme esclave, et il retombait dans un esclavage perpétuel[3].

Si le vendeur ne s'était pas réservé le droit d'opérer la saisie de l'esclave, il pouvait stipuler une peine pour le cas où l'on contreviendrait à cette clause. La peine était encourue du moment où l'esclave resté en servitude ou affranchi venait habiter dans l'endroit prohibé. Il fallait, bien entendu, que l'acheteur ou ses successeurs fussent en faute[4].

En l'absence de toute clause pénale, Sabinus donnait au vendeur l'action *ex vendito* contre l'acheteur, parce que, disait-il, le vendeur, à raison de cette clause, a vendu l'esclave à un moindre prix. Dans une première opinion de Papinien, le vendeur ne pouvait poursuivre l'acheteur que s'il avait stipulé une peine, ou s'il avait intérêt à ce que l'acheteur ne contrevînt pas à la clause ; par exemple, si le vendeur, précédemment acheteur, avait promis de son côté une peine à son vendeur, sans la stipuler de nouveau de son acheteur. « *Vix est*, dit-il, *ut eo nomine vindictæ ratione venditor agere possit ;* » ou bien : « *Viro bono non convenire credere venditoris interesse quod animo sœvientis satisfactum non fuisset.* » Mais, plus tard, le même Papinien abandonna cet avis ; il s'était, dit-il, senti convaincu par la doctrine de Sabinus : « *In contrarium me vocat Sabini sententia*[5] ; » ce qui fait dire à Cujas :

[1] Même titre, loi 1.

[2] Paul, Digeste, même titre, loi 9 ; code de Just., liv. IV, tit. LV, lois 1 et 22.

[3] Code, liv. IV, tit. LV, lois 1 et 3.

[4] Même titre, loi 2.

[5] Voir Digeste, *De servis exportandis*, liv. XVIII, tit. VII, loi 6, §§ 1 et 7.

« *Hæc ingenuitas Papiniani mihi valde placet et debet omnibus esse documento.* »

b. Le vendeur pouvait, au contraire, insérer dans la vente des clauses favorables à l'esclave.

1° Il lui arrivait souvent de vendre l'esclave *ut manumitteretur*, à condition qu'il serait affranchi, soit de suite, soit dans un certain délai. Nous verrons plus tard la conséquence de cette clause et les décisions intervenues pour assurer la liberté.

2° D'autres fois le vendeur, s'intéressant aux mœurs de la femme esclave, la vendait à condition qu'elle ne serait pas prostituée (*ne prostituatur*); il convenait qu'en cas d'infraction à cette clause, la femme serait libre ; en cas de contravention, le magistrat la déclarait libre[1]; d'autres fois, le vendeur se réservait la *manus injectio* pour le cas où on prostituerait l'esclave[2]; mais il ne pouvait faire remise de cette clause, et s'il avait lui-même consenti à la prostitution, l'esclave était affranchie par le magistrat[3].

L'esclave passait entre les mains de tous les acheteurs subséquents, avec, pour chacun d'eux, l'obligation de respecter la condition imposée lors de la vente.

Enfin, si une peine avait été stipulée, le vendeur pouvait la réclamer, même s'il avait usé de la *manus injectio*, ou que l'esclave eût été déclarée libre ; car, dit Papinien, « *nulla ratio occurrit cur pœna peti et exigi non debeat cum et ancillam contumelia affecerit et venditoris affectionem forte simul et verecundiam læserit*[4]. » Bien plus, même si le vendeur n'avait pas stipulé de peine, le jurisconsulte lui donnait l'action *ex vendito*[5]. L'intérêt d'affection entre en ligne de compte dans les contrats de bonne foi[6].

3° Le vendeur, quelquefois aussi, convenait que l'esclave

[1] Modestin, Digeste, *De bonis libertorum*, liv. XXXVII, tit. XIV, loi 7; Code, liv. IV, tit. LVI, loi 2. « *Illico in libertatem romanam eripiatur*, » dit Justinien, liv. VII, tit. VI, loi unique, § 4.

[2] Paul, Digeste, *De contr. empt.*, liv. XVIII, tit. I, loi 56.

[3] Digeste, Marcien et Paul, liv. XL, tit. VIII, loi 6, §§ 1 et 7; Code, liv. IV, tit. LVI, loi 1. — Justinien ajoute : « Que si le vendeur opère la *manus injectio* et prostitue l'esclave, celle-ci sera libre de suite et le vendeur perdra ses droits de patronage. » Code, liv. VII, tit. VI, loi unique, § 4.

[4] Digeste, *De servis exportandis*, liv. XVIII, tit. VII, loi 6.

[5] Même loi.

[6] Papinien, Digeste, *De mandat.*, liv. XVII, tit. I, loi 54.

vendu ne serait pas exporté à titre de châtiment (*ne pœnæ causo exportaretur*) Dans cette hypothèse, Papinien n'eut aucune hésitation pour donner action au vendeur, si l'acheteur contrevenait à cette clause, et il prétendit que cette décision n'était pas contraire à celle qu'il avait d'abord donnée lorsque l'esclave devrait être exporté. « *Nec videntur hæc inter se contraria esse, cum beneficio adfici hominem intersit hominis, enim verò pœnæ non irrogatæ indignatio solam duritiem continet*[1]. »

On sait que Sabinus lui fit abandonner non pas cette belle maxime, mais l'application qu'il en avait faite.

E. L'esclave était, pour le Romain, un objet important de son patrimoine, une chose précieuse, et il était soumis à des transactions nombreuses, comme les animaux domestiques utiles à la culture. Il y avait des marchés d'esclaves, et des édiles curules s'étaient occupés, dans leurs édits, de ces sortes de ventes[2].

Ils avaient décidé que le vendeur devrait déclarer les vices cachés, physiques ou moraux, qui dépréciaient l'esclave[3]. Aulu-Gelle[4] parle d'un écriteau pendu au cou de l'esclave, qui devait indiquer les vices ou les maladies de l'esclave; dans un autre endroit[5], il indique le moyen à l'aide duquel le vendeur pouvait se mettre à l'abri de tout recours de l'acheteur. Il revêtait l'esclave d'un bonnet (*pileatus servus*), et Cælius Sabinus, jurisconsulte, enseignait que, dans ce cas, le vendeur entendait ne rien prester à l'acheteur. « *Pileatos servos venum solitos ire, quorum nomine venditor nihil præstaret, Cœlius Sabinus jurisperitus scriptum reliquit.* » Les esclaves pris à la guerre étaient exposés avec une couronne[6], et les ventes faites par l'Etat étaient à l'abri de toute garantie[7].

[1] Digeste, *De servis exportandis*, liv. XVIII, tit. VII, loi 7.
[2] Voir Wallon, *De l'esclavage dans l'antiquité*, t. II, p. 53. — Il donne des renseignements curieux sur les marchands d'esclaves.
[3] Voir au Digeste, *De ædilitio edicto*, liv. XXI, tit. I. — La loi 1, § 1, se trouve dans le texte de l'edit.
[4] Liv. IV, chap. II, *Nuits attiques*.
[5] Liv. VII, chap. IV.
[6] Aulu-Gelle, *eodem loco*.
[7] Ulpien, Digeste, *De ædilitio edicto*, liv. XXI, tit. I, loi 1, § 3.—Horace fait allusion à l'édit des édiles :

Prudens emisti vitiosum : dicta tibi est lex ;
Insequeris tamen hunc et lite moraris iniqua.
(Epître. II, liv. II, vers 18.)

Ailleurs (satire 3e, liv. II, vers 284) il donne une des formules de garantie :

Sanus utrisque
Auribus atque oculis.

Les édiles curules avaient donné à l'acheteur trompé le choix entre deux actions : 1° celle dite *redhibitoria*, par laquelle l'acheteur demandait la restitution du prix, à condition de rendre l'esclave, et tout ce qu'il avait acquis par cet esclave ; 2° l'action dite *quanti minoris* ou *œstimatoria*, qui tendait à obtenir seulement une diminution dans le prix[1]. La première pouvait être intentée pendant six mois, et la seconde pendant une année.

L'édit des édiles fut commenté par les jurisconsultes romains, et ce commentaire est l'exposé de toutes les infirmités physiques qui viennent assaillir l'espèce humaine. Il n'entre pas dans notre plan de parcourir les détails, qui appartiennent plutôt à la théorie de la vente[2].

Nous nous bornerons à de courtes observations. Les textes font parfois des rapprochements très-ordinaires dans les pays d'esclaves, mais qui n'en froissent pas moins nos idées chrétiennes et même simplement humanitaires.

Ainsi cet édit des édiles, qui s'occupait, dans un chapitre, de la vente des esclaves et signalait les vices rédhibitoires (*quid morbi vitiique scit*), dans une autre partie et après les esclaves, traite des vices rédhibitoires des bêtes de somme : *Quid in quoquo eorum morbi vitiique scit*, disait encore le texte[3].

On trouve cependant çà et là des décisions, malheureusement trop rares, où l'on tient compte des principes d'humanité. Ainsi Ulpien[4] suppose que l'on a vendu tout à la fois des esclaves malades et d'autres bien portants. Il décide que, si l'on intente l'action rédhibitoire, tous ces esclaves devront suivre le même sort et être acquis par le vendeur. « *Si separari non possint sine magno incommodo* VEL AD PIETATIS RATIONEM OFFENSAM. »

On retrouve cette même idée à propos des legs. On présume, dit le même jurisconsulte, que le testateur a voulu réunir la mère et les enfants : « *Neque enim duram separationem injunxisse credendus est*[5]. »

Quelquefois même le jurisconsulte, qui aura commenté l'édit avec sang-froid, parlera, à propos d'une question d'argent, de

[1] Code, liv. IV, tit. LVIII, loi 2.
[2] Voir, du reste, M. Wallon, t. II, p. 58 et suiv.
[3] Loi 38 du titre précité.
[4] Digeste, *De ædilitio edicto*, liv. XXI, tit. I, loi 35.
[5] Digeste, *De instructo vel, etc.*, liv. XXXIII, tit. VII, loi 7, § 12.

la dignité de l'esclave (*propter dignitatem hominum*), qui ne saurait être considéré comme l'accessoire d'une chose d'un prix inférieur[1]; et puis il nous donnera une idée de l'estime que l'on avait pour les marchands d'esclaves : *id genus hominum ad lucrum potius vel turpiter faciendum propius est*[2]; ce qui explique toutes les précautions prises contre leur charlatanisme[3].

Ces marchands d'esclaves (*mangones*) n'étaient point appelés *mercatores*, mais *venalitiarii*, nous dit un jurisconsulte romain[4], parce que les esclaves ne pouvaient être considérés comme une marchandise : *mercis appellatione homines non contineri*. Singulier scrupule, il faut en convenir; car, au fond, c'était une marchandise, et une marchandise d'un grand prix.

Cinquième section. — Rapports de l'esclave et des tiers.

L'esclave coupable d'un délit s'obligeait personnellement, même *jure civili;* seulement il ne pouvait être poursuivi tant qu'il n'était pas affranchi.

La victime du délit pouvait, comme on l'a vu, poursuivre le maître. Après l'affranchissement, l'esclave pouvait être actionné, et cela en vertu du droit civil : « *Servi ex delictis quidem obligantur et si manumittantur, obligati remanent*[5]. »

Il n'en était point ainsi des contrats passés par l'esclave; ce dernier n'était point obligé *civiliter*, mais seulement *naturaliter*, avec les conséquences attachées à l'obligation naturelle, conséquences, du reste, sur lesquelles on est loin d'être d'accord[6]. « *Ex contractibus autem civiliter quidem non obligantur, sed naturaliter et obligantur et obligant*[7]. »

Ce texte suppose que l'acheteur est créancier ou débiteur;

1 Paul, Digeste, *De ædilitio edicto*, liv. XXI, tit. I, loi 44.

2 Même loi, § 1.

3 Voir Wallon, t. II, p. 53.

4 Africain, Digeste, *De verb. signif.*, liv. L, tit. XVI, loi 207.

5 Ulpien, Digeste, *De oblig. et act.*, liv. XLIV, tit. VII, loi 14; Code, liv. IV, tit. XIV, loi 4.

6 Voir les ouvrages de MM. Massol et Machelard sur les *Obligations naturelles*.

7 Ulpien, loi précitée.

dans le dernier cas, il est obligé *naturaliter;* dans le premier, le tiers est tenu d'une obligation naturelle (*naturaliter obligant*); si l'esclave est libre, ces obligations ne changent pas; elles restent toujours naturelles [1].

G. DE CAQUERAY,
Professeur de droit romain à la Faculté de Rennes.

[1] Voir Paul, *Sentences*, liv. II, tit. XIII, § 9, pour le cas où l'affranchi a emprunté de l'argent pendant l'esclavage. « *Post manumissionem conveniri non potest.* » Code, liv. IV, tit. XIV, lois 1, 2, 5, 7.

La mort de M. de Caqueray, enlevé subitement au milieu de ses travaux à l'estime de tous et à l'affection de ses amis, nous force d'interrompre momentanément cette publication, qui sera continuée.

NOTICE SUR UN MANUSCRIT

DU GRAND COUTUMIER DE FRANCE

CONSERVÉ A LA BIBLIOTHÈQUE DU VATICAN.

Deux de nos honorables collaborateurs et amis, MM. Beautemps-Beaupré et Dareste, ont fait connaître aux lecteurs de cette *Revue* les manuscrits du Grand Coutumier que renferment les bibliothèques de Troyes et de Paris[1]. Je viens, à leur exemple, donner quelques renseignements sur celui que possède la bibliothèque du Vatican.

On sait que la précieuse collection de manuscrits réunie par les souverains pontifes se compose de cinq fonds distincts : 1° le fonds Vatican proprement dit ; 2° le fonds de la reine Christine de Suède ; 3° le fonds Ottobonien ; 4° le fonds Palatin ; 5° le fonds des ducs d'Urbin. On sait également que le fonds de la reine de Suède, formé en partie des manuscrits de Paul et d'Alexandre Petau, conseillers au Parlement de Paris, contient un grand nombre d'ouvrages relatifs à l'histoire de France, et particulièrement à l'ancien droit français. Outre les volumes de Lois barbares et de Capitulaires qui ont été décrits par MM. Pertz et Pardessus, et les recueils de Formules dont j'ai moi-même fait usage, on y trouve plusieurs exemplaires des Etablissements de saint Louis, de la coutume de Normandie, du Conseil de Pierre de Fontaines, du traité de Beaumanoir sur la coutume de Beauvoisis et du Style du Parlement.

Ce n'est cependant pas à cette section de la bibliothèque Vaticane, où on serait naturellement porté à le chercher, qu'appartient le manuscrit qui fait l'objet de cette notice. Il est classé dans le fonds Vatican proprement dit, et y porte le n° 4790. C'est un volume in-folio, en vélin, couvert de peau rouge, comprenant 169 feuillets ; l'écriture à longues lignes paraît être de la seconde moitié du quinzième siècle ; les citations latines sont,

[1] T. III, p. 476 ; t. VIII, p. 671.

comme les rubriques, soulignées à l'encre rouge. Rien n'indique au premier abord le genre d'ouvrages qu'il contient. Il est inscrit au catalogue sous le titre de *Constitutiones Galliæ*, et la table des chapitres du Grand Coutumier, par laquelle il commence, est précédée de cette simple mention : *Cy commence la table du traictié de ce livre.* Cette table et le texte qui la suit immédiatement remplissent les 106 premiers feuillets. Au folio 107 se trouve une ordonnance de Charles IV, en date du 26 juin 1326, sur les Eaux et Forêts ; au folio 108, une ordonnance de Charles VI, rendue au mois de septembre 1402, sur le même sujet ; au folio 115, l'ordonnance de Philippe IV, du 1er juin 1306, sur les gages de bataille. Ces trois ordonnances peuvent être considérées comme des appendices du Grand Coutumier ; les deux premières ont même été insérées dans l'édition donnée par Charondas le Caron, liv. I, chap. IV et VI. Les feuillets 120, 121, 122, sont restés blancs. Au folio 123 commence une traduction française du traité de Guillaume du Brueil sur le Style du Parlement de Paris, laquelle s'étend jusqu'au folio 154 inclusivement. Enfin, les quatorze derniers feuillets sont occupés par une suite d'ordonnances relatives aux différents corps de métiers de la ville de Paris.

Je n'ai pas l'intention d'établir une comparaison suivie entre le texte du Grand Coutumier fourni par ce manuscrit, et ceux qu'on trouve dans les éditions imprimées ou dans les manuscrits que MM. Dareste et Beautemps-Beaupré nous ont signalés. C'est un soin qu'il convient de réserver à qui voudra bien entreprendre une édition critique de notre vieil et célèbre praticien. Mais il suffit de jeter les yeux sur la table des rubriques, que j'ai reproduite intégralement, pour demeurer convaincu que le manuscrit du Vatican diffère essentiellement par l'abondance et l'ordre des matières de tous ceux qui nous étaient connus. Il suffit également de rapprocher cette table des diverses éditions publiées dans le cours du seizième siècle, pour s'assurer qu'il n'a servi de type à aucune d'elles. J'espère donc que les renseignements qui précèdent, et la table qui va suivre, ne seront pas sans utilité pour un nouvel éditeur.

Quoique mon principal but ait été d'appeler l'attention sur un texte ignoré du Grand Coutumier, je ne peux cependant m'empêcher de dire quelques mots au sujet du traité de Guillaume du

Brueil sur le Style du Parlement de Paris. Ce traité célèbre a probablement été composé en latin, et c'est dans cette langue qu'il a été presque constamment reproduit. M. Bordier, dans la notice qu'il a consacrée à l'auteur [1], indique six manuscrits, auxquels ou peut joindre celui que possède la bibliothèque du Vatican, fonds de la reine de Suède, n° 1065, qui sont tous rédigés en latin. Il en est de même des éditions qui se sont succédé, depuis l'édition *princeps* donnée en 1515 par Galliot du Pré. Le manuscrit 4790 du fonds Vatican est donc le premier qui m'ait révélé l'existence d'une traduction française, remontant, selon toute probabilité, à la seconde moitié du quinzième siècle. J'ai pensé d'abord que c'était un fait isolé ; mais j'en ai trouvé un second exemplaire à la bibliothèque impériale, fonds français, n° 5277 (ancien 9827), et tout porte à croire que le numéro 4426 de la bibliothèque Harléienne en renferme un troisième. Il est donc évident que le traité de Guillaume du Brueil a été traduit près d'un siècle après sa rédaction primitive, et cette circonstance prouve combien il était resté populaire. En même temps la réunion de ce traité, du Grand Coutumier et des diverses ordonnances que j'ai citées, dans un volume transcrit sans doute pour quelque avocat attaché au Parlement de Paris, montre quelles étaient les autorités les plus familières aux praticiens du quinzième siècle.

Je reviens au Grand Coutumier, et je termine par une indication bibliographique à l'adresse de son futur éditeur. M. Dareste a exprimé l'opinion que cet éditeur devrait prendre pour base les textes imprimés, qu'on peut considérer comme une sorte de *vulgate*. Si l'on adopte ce parti, ce sera évidemment à l'édition *princeps* qu'il faudra se référer, et non aux éditions postérieures, qui ne sont que des remaniements. Or, jusqu'ici, l'édition *princeps* n'a pas été déterminée avec précision. Je me trouve en mesure de donner à son sujet un renseignement certain. Elle a été publiée à Paris, par Galliot du Pré, en 1514, et forme un volume petit in-4° de 152 feuillets, imprimés en lettres gothiques. Il est vrai que le titre contient les mots *nouvellement veu et corrigé*, qui sembleraient au premier abord indiquer une réimpression ; mais on sait que cette formule était en quelque sorte *de*

[1] *Bibliothèque de l'Ecole des chartes*, t. III, p. 47.

style sur la couverture des livres nouveaux, et l'on peut d'ailleurs admettre avec vraisemblance qu'elle se rapporte au manuscrit consulté par l'éditeur. Le privilége accordé par Louis XII, sous la date du 6 mai 1514, ne laisse en effet aucune incertitude. Le roi autorise le sieur Galliot du Pré, marchand libraire, à faire imprimer *ung livre appellé le Grant Stille et Coustumier de France*, LEQUEL LIVRE NE FUT JAMAIS IMPRIMÉ. Il est donc bien constant que l'édition de 1514 est l'édition *princeps*. J'en possède un exemplaire, malheureusement incomplet des huit derniers feuillets; mais d'une part la table des chapitres placée en tête de l'ouvrage donne le détail des matières qui remplissaient ces huit feuillets ; d'autre part mon exemplaire est, sinon le seul qui existe, du moins le seul dont jusqu'ici l'existence soit connue. Il a été communiqué au savant M. Brunet pour la nouvelle édition de son *Manuel du libraire*, et je le tiens à la disposition de celui qui voudra entreprendre sur le texte de notre vieux praticien le travail critique que j'appelle de tous mes vœux.

EUGÈNE DE ROZIÈRE.

CY COMMENCE LA TABLE DU TRAICTIÉ DE CE LIVRE.

F° 1.	N°s 1.	Qu'est justice.
	2.	Quels sont les commandements de droit.
	3.	Qu'est droit naturel.
	4.	Qu'est droit escript.
	5.	Qu'est droit non escript.
	6.	Qu'est coustume de pais.
	7.	Qu'est us.
	8.	Qu'est stille.
	9.	Des livres de loys et des drois.
	10.	La différence des commissions, supplications et rogas.
	11.	Qu'est prévosté, viconté et banlieue de Paris.
F° 2.	12.	D'office de sergent et des adjournements.
F° 3	13.	Des essoines.
	14.	Des obligacions.
	15.	Des accions.
F° 4.	16.	D'arrest et de division de meubles et héritage.
	17.	De exaction de biens.
F° 5.	18.	De criées de maisons ou héritages.
F° 6.	19.	De causes pour annuller un décret.
	20.	De donacion.

21. Des plaiges et plegeries.
22. De caucion.
23. De reyvendicacion.
F° 7. 24. De usucapion et prescripcion.
25. De possesseur de bonne foy.
26 De possesseur de male foy.
27. De décepcion d'oultre moitié de juste pris.
28. De accion de dol.
29. Comment meubles n'ont suite, se par fraude ne sont transportés.
F° 8. 30. De émencipacion.
31. De ceulx estans en puissance d'autruy.
32. Comment celluy qui poursuit en nom appellatif doit enseigner de son tiltre.
33. Du stille du Chastellet de Paris, et comment on y procède.
34. Comment chacun puet faire de sa chose à sa voulenté.
35. Comment usaige et coustume sont à tenir.
F° 9. 36. La division des choses.
37. Des deux lignes de consanguinité.
38. Du nombre des biens.
39. Des seigneurs et seigneuries.
40. Des personnes nobles,
F° 10. 41. Des personnes non nobles et franches.
42. Des personnes de serve condicion.
43. De servitude.
44. De bastars.
F° 12. 45. Qu'est haulte et moienne justice.
46. De basse justice.
47. De justice foncière.
48. De seigneurie foncière.
49. De justice tresfoncière.
50. De champart.
F° 13. 51. De molins et pressoers banniers.
52. Du droit des censiers.
53. Du droit des propriétaires.
54. La coustume d'entre les censiers et les propriétaires.
F° 14. 55. Des cas de fortune.
F° 15. 56. Des cas de péril.
57. Des vues, agoux, eviers et glacouers.
F° 17. 58. De succession.
F° 18. 59. De succession de fiez entre nobles personnes.
F° 19. 60. De société et compaignie et de communaulté de biens.
61. De testamens et de l'exécucion d'iceulx.
F° 20. 62. De douaire.
63. De dons mutuels et autres convencions entre l'omme et la femme.

F° 21.	64. *De consuetudine.*
F° 22.	65. De prévillège.
	66. Du droit de patronage.
	67. Des régales.
	68. De amortissement.
F° 25.	69. De saisine en censive.
	70. De saisine en fief.
F° 26.	71. De coustume de fiefs.
F° 27.	72. Du prévillège des nobles.
	73. De garde et bail, et des mineurs, tuteurs, curateurs et baillisseurs.
F° 28.	74. De rachat.
	75. De franc alleu.
	76. Le serment de féauté que les prélas de France doivent faire.
F° 29.	77. Le serment et homage que doivent faire les nobles.
	78. Le serment de féauté d'un aubain.
	79. Le serment des Juifz.
	80. Des fiefs à l'usaige de France.
F° 33.	81. Des cas de nouvelleté.
F° 39.	82. Des excepcions sur cas de nouvelleté.
	83. Des cas particuliers tenus et gardés selon aucuns pais.
F° 40.	84. De saisine et pocession et de recreance et prescripcion en cas de nouvelleté.
	85. Des cas touchant le Roy et sa juridiction temporelle et l'évesque et sa juridiction spirituelle.
F° 43.	86. Du descord d'entre le duc de Bourgogne et son bailly à Challon contre l'évesque de Challon et son offícial.
F° 45.	87. De clers non mariés.
F° 46.	88. De port d'armes.
F° 47.	89. De clers mariés.
F° 48.	90. Des bigames.
F° 49.	91. De franchises en esglises.
	92. De sauvegarde.
	93. De asseurement.
F° 50.	94. De guerres privées.
	95. De accusacion.
	96. De dénonciacion.
	97. De injures.
F° 51.	98. De délicts.
F° 52.	99. De peines civiles.
	100. De peines corporelles.
F° 53.	101. De procès crimineulx.
	102. De accusacion.
F° 55.	103. De bannissemens.
	104. De forfaictures et confiscacions.
F° 56.	105. De accusacion.

106. De prisonnier qui se met en enqueste.
107. De dénonciacion.
F° 57. 108. De excepcions et réplicacions en général.
F° 58. 109. De excepcions déclinatoires.
110. De excepcions dilatoires.
F° 59. 111. De annullacions de lettres.
112. De excepcions péremptoires.
113. De manière de procéder en cas de héritage et de propriété.
F° 60. 114. De sommacion.
F° 61. 115. De garant.
116. D'office de procureur en général.
F° 62. 117. D'office de procureur pour le demandeur.
118. D'office de procureur pour le deffendeur.
F° 65. 119. Aus quelz procureurs il esconvient grace, et aus quelz non.
120. D'office d'avocat.
F° 66. 121. Les serments que font les advocas et procureurs du Chastellet de Paris.
122. De muer, croistre ou diminuer demande.
123. De accorder ou descorder escriptures.
F° 67. 124. Des deffaulx et constumaces en accion personnelle.
F° 69. 125. Des deffaulx en cas réelz.
126. Des essoingnes.
127. Des deffaulx en accion personnelle selon le stille du Chastellet.
128. Des deffaulx sur appellacion.
F° 70. 129. Des appellacions et amendes.
F° 72. 130. Des jugemens nulz.
131. Reprouches de tesmoings selon le stille de Parlement.
F° 73. 132. Reprouches de tesmoings selon le stille du Chastellet de Paris.
133. De contredire lettres.
F° 74. 134. De tesmoingnages et preuves.
F° 75. 135. De l'office du juge.
F° 76. 136. Du cas de fortune.
F° 77. 137. A estre délibéré du juge.
138. De interlocutoire.
F° 82. 139. D'office d'examinateur.
140. Des arbitres.
F° 83. 141. Comment justice est gouvernée.
142. Du nombre des gens de Parlement.
143. Du nombre des gens du Chastellet.
144. Qu'est prévoté, viconté et banlieue de Paris.
F° 84. 145. Comment le prévost de Paris a la congnoissance du scelle du Chastellet.

146. Aucuns cas dont le prévost de Paris et autres juges ont la congnoissance.

F° 85. 147. De la geole du Chastellet de Paris.

148. De instruction faicte à Saint-Denis en France sur la garde et gouvernement de la geole.

F° 86. 149. Des droits du borrel de Paris.

150. Du villain serment.

F° 87. 151. La défence du jeu des dez et d'autres jeus qui n'abilitent homme à usaige d'armes.

152. Ordonnance que les appellans renunçans dedens VIIIe paieront LX solz.

F° 88. 153. De bourgeoisies.

154. Ordonnance ancienne de la Chambre des comptes.

F° 91. 155. Demande en cas de retrait.

F° 95. 156. Plusieurs notables touchans fait de retrait.

F° 99. 157. Demande sur nouvel trouble de saisine.

158. Demande sur accion réelle en cas de propriété.

159. Autre demande réelle.

160. Deffenses en accion réelle sur cas de saisine.

F° 100. 161. Demande d'eschoitte troublé.

162. Deffense de succession.

163. Demande sur nouvel trouble de main-morte entre seigneurs.

164. Demande sur nouvel trouble de servage.

165. Deffense de servage de personne.

F° 101. 166. Demande d'eschoitte troublé et de main-morte en cas pétitoire.

167. Deffense de servitude de pocession.

168. Demande en accion personnelle.

169. Demande en accion ypothèque.

170. Demande d'arréraiges.

F° 102. 171. Deffenses sur ce.

172. Repplicacion sur ce.

173. Demande de meubles prins sur autruy.

174. Réponse *super eodem.*

175. Demande de gaiges bailliez à aucun mort, dont on causerait les hoirs.

176. Deffense sur ce et *de sine causa.*

177. *De condicione indebiti.*

178. Réponse *super eodem.*

179. Demande de *sine causa.*

F° 103. 180. Réponse *super eodem.*

181. *De accione mixta et communi dividundo.*

182. Deffense *super eodem.*

183. Demande de murtre.

184. Deffense de murtre et d'autres crimes en haulte justice.

185. Deffense d'efforcement de femme.

186. Deffense de dénonciacion.
F° 104. 187. Deffense d'espave contre office de juge en plusieurs cas.
188. Demande en cas d'asseurement brisié.
189. Réponse *super eodem*.
190. Repplicacion.
191. Response contre office.
F° 105. 192. Demande d'office de juge en cas civil.
193. Deffense contre office d'avoir exercé justice et d'autres cas.
194. Demande contre cil qui aurait enfraint la justice d'un seigneur.
195. Deffense d'enfrainte de justice, que rémission n'en soit faite.
196. Demande de chose emblée.
F° 106. 197. Response *super eodem*.

F° 107. Des eaues et forestz (ordonnance de Charles IV, 26 juin 1326).
F° 108. Autres ordonnances faites sur le faict des eaues et forestz (ordonnance de Charles VI, septembre 1402).
F° 115. De gaige de bataille (ordonnance de Philippe IV, mercredi après la Trinité [1er juin] 1306).

LE TRAICTIÉ MAISTRE GUILLAUME DU BRUEIL SUR LE STILLE DU PARLEMENT.

F° 123. N°s 1. Des adjournemens.
F° 125. 2. Des adjournemens en cas d'appel.
F° 126. 3. De la présentacion qui est à faire en Parlement.
F° 127. 4. De constumace et deffault et du profit d'iceulz, et premier en cas d'appellacion et de nouvelleté.
F° 129. 5. Des deffaulx et du proffit d'iceulx en accion réelle.
F° 130. 6. De constumace et deffault, et de l'utilité d'iceulz en accion personnelle.
F° 131. 7. Des dillacions, et par quelle ordre elles peuent estre demandées.
8. De dillacion pour conseil.
F° 132. 9. De veue.
10. De garant.
F° 134. 11. Des excepcions, et par quelle ordre elles peuent estre propposées.

F° 136. 12. De adjourner les hoirs du trespassé à reprendre les arremens.
F° 137. 13. Se la partie doit faire foy des choses qu'il a proposées, avant que le deffendeur responde.
14. De propriété.
F° 138. 15. Des cas de nouvelleté.
F° 141. 16. De accion personnelle.
17. Des appellacions ou amendes ou exécucions d'icelles.
F° 142. 18. Quant aucun est fait exempt de la juridiction de celluy dont il appelle, et quant l'appelant renonce à son exempcion.
F° 143. 19. De quels les appellacions ne sont point receues.
20. De celui qui a appelé et laissié le moyen.
21. Se la partie appelant sera oye à proposer aucune chose de nouvel.
F° 144. 22. Se l'appelant ou juge sera tenu de paier amende.
23. La manière de proposer cause d'appel.
F° 146. 24. Des commissaires et de leurs puissances.
F° 147. 25. De la diligence qui est à faire par devers et devant les commissaires.
F° 148. 26. De ce qui est à faire au procès par les commissaires.
F° 149. 27. Comment la court a à renvoyer, et se elle a à publier les deppositions des tesmoings.
F° 150. 28. Des fiez.
F° 151. 29. Des quelz cas la cognoissance appartient par espécial au Roy, et comment on doit procéder contre gens d'église.
F° 152. 30. Des causes des Pers de France, et comment ils doivent estre adjournez.
F° 153. 31. Des mineurs et quelles causes les tuteurs, curateurs et baillisseurs peuent demener en jugement.
F° 154. 32. Des provisions et de la manière de faire.

NOTE ADDITIONNELLE

AUX

STILS DE VILLEFRANCHE DE CONFLENT.

Nos lecteurs n'ont certainement pas oublié le document si intéressant, que M. Alart a publié dans cette *Revue*, sous le titre de : *Stils de Villefranche de Conflent*[1]. La profonde connaissance que le savant éditeur a de toutes les archives du Roussillon lui avait permis de fixer avec une précision presque absolue l'époque où cet ancien Coutumier fut rédigé. Mais il s'était montré moins affirmatif sur le caractère qu'il convient de lui attribuer, et il avait exprimé l'opinion que les *Stils* se maintinrent par la seule force de la coutume jusqu'à la pragmatique de 1371, par laquelle le roi Pierre IV en fit un véritable code d'administration et de juridiction locale. M. Alart a retrouvé depuis dans le dépôt d'archives qui lui est confié une pièce qui a dû nécessairement modifier sa première opinion. C'est une sorte de prologue transcrit dans le premier registre de la *Procuration royale*, f° 118 r°, et duquel il résulte que les *Stils* furent rédigés par ordre de Bernard de Juncet, juge ordinaire de Conflent et de Capcir. Ils ont donc reçu, à leur naissance même, le sceau de l'autorité royale, et ont eu dès l'origine le caractère officiel d'un document législatif. La découverte de M. Alart a trop d'intérêt pour que je ne profite pas de la communication qu'il a bien voulu me faire, en plaçant sous les yeux de nos lecteurs le texte même dont il s'agit. Ce texte est ainsi conçu :

Cum per labilitatem humanam nature, que diversarum rerum multitudinem tenere non potest, scripture artificium sit inventum, idcirco ego Bernardus de Junceto, judex ordinarius Confluentis et Capcirii, premissa prospiciens et considerans quod in curia regia Villefranche illustrissimi domini nostri Majoricarum regis quam plurimum usus servantur, qui pro majori parte scripti non reperiuntur in libris seu registris curie supradicte, et si aliqui scripti fuerint, non possint faciliter reperiri, quod posset verti in futurum diversis ex causis in grande dispendium juris regii necnon

[1] T. VIII, p. 203.

reypublice et privatorum incomodum et jacturam, de voluntate et mandato expresso venerabilis et discreti viri domini Raymundi Tholose procuratoris regii, infrascriptos usus et consuetudines, qui in presenciarum in curia regia [observantur et] vidi meo tempore observari, de quibus recordor, ad habendum memoriam de eisdem duxi in scriptis per ordinem inserendos.

In primis utitur curia, etc., etc.

A la suite de ce prologue viennent les trois premiers chapitres des *Stils*, puis un certain nombre de feuillets blancs, que le copiste avait réservés pour transcrire le reste. L'interruption de son travail me semble du reste peu regrettable. Le texte publié par M. Alart est relativement bon, et celui qui fait défaut dans le registre de la *Procuration royale* n'aurait sans doute fourni qu'un petit nombre de variantes sans intérêt. L'importance de la transcription commencée consiste tout entière dans le prologue et dans les faits qu'il nous révèle.

EUGÈNE DE ROZIÈRE.

BIBLIOGRAPHIE.

Consuetudini delle città di Sicilia, edite ed inedite, scelte e poste in confronto con gli articoli delle leggi civili, dall' avvocato VITO LA MANTIA, giudice del tribunale civile di Palermo; 1862, Palermo, in-8°.

L'ouvrage dont on vient de lire le titre méritait d'autant mieux d'attirer notre attention, que l'auteur s'est voué depuis plusieurs années à l'étude de l'ancien droit sicilien. M. Vito la Mantia a déjà publié deux volumes consacrés à l'histoire juridique de son pays. Il a rassemblé dans le premier les notions éparses sur le droit civil et criminel des anciennes colonies grecques; il a exposé dans le second les institutions établies par les Romains, les Goths, les Byzantins et les Arabes. Les volumes suivants traiteront du moyen âge et des temps modernes, c'est-à-dire de la période de sept siècles comprise entre le couronnement du roi Roger, en 1130, et le décret du 8 décembre 1816, qui réunit en une seule monarchie les deux royaumes jusqu'alors séparés de Naples et de Sicile. C'est en amassant les matériaux de ce travail que le savant auteur a conçu la pensée du recueil que nous avons sous les yeux. Il ne s'est pas dissimulé que pour une période aussi longue, et qui abonde en monuments juridiques de toute espèce, quelques renvois ou même quelques extraits placés au bas des pages ne satisferaient pas la curiosité des lecteurs, et que la plupart d'entre eux auraient le désir de recourir aux textes et de les soumettre à un nouvel examen. Mais il a compris également que leur désir serait impuissant aussi longtemps que ces textes resteraient disséminés et qu'il faudrait aller les chercher dans des collections, dont l'étendue, le prix et la rareté rendent l'acquisition difficile. Il s'est donc imposé la tâche de les réunir et d'en former un recueil qui servira, pour ainsi dire, de pièces justificatives à son ouvrage. Nous annonçons aujourd'hui la première partie de ce recueil : elle comprend les coutumes ou statuts municipaux des principales villes de Sicile; la seconde contiendra les lois, constitutions, pragmatiques et autres actes de l'autorité souveraine, qui s'appliquaient à l'île tout entière.

Aucune publication ne saurait être accueillie avec plus de faveur qu'un recueil de Coutumes municipales. Les statuts locaux nous fournissent sur la période du moyen âge des renseignements qu'on demanderait en vain aux chroniqueurs. Ils abondent en détails sur l'organisation politique, administrative et judiciaire de chaque cité ; ils nous font assister au spectacle de leurs luttes intérieures ; ils nous révèlent l'état des mœurs et nous initient à l'intelligence de ces usages ruraux, qui tiennent une si grande place dans la vie des peuples. La Sicile est riche en documents de cette nature. Nous connaissons déjà les Coutumes de Palerme, publiées en 1478 par Jean Naso, et qui passent pour le plus ancien spécimen de la typographie sicilienne ; celles de Messine, publiées en 1559 par le juge Cariddi ; celles de Noto, publiées en 1593 par Littara, et reproduites dans le tome XII du *Thesaurus* de Burmann ; celles de Catane, publiées en 1594 par Nepita ; celles de Vizzini, publiées en 1730 par Gaëtano Noto, mais en traduction seulement ; celles de Girgenti, publiées en 1775 par Testa ; celles de Caltagirone, publiées en 1798 et devenues introuvables. Nous savions aussi que le savant historien Rosario Gregorio avait réuni dans un volume de copies, déposé aujourd'hui à la bibliothèque communale de Palerme, les textes inédits des Coutumes de Syracuse, Castiglione, Paterno, Modica, Trapani, Corleone, Alcamo, Lipari, Piazza et Patti. Aussi, l'annonce du recueil entrepris par M. Vito la Mantia avait-il excité chez nous une vive curiosité, et le volume qu'il vient d'éditer était-il assuré d'avance de toute notre sympathie. Sous beaucoup de rapports notre attente n'a point été trompée. M. Vito la Mantia s'est appliqué à la recherche de tous les textes inédits aussi bien qu'à la révision de ceux qui étaient déjà imprimés ; non-seulement il a mis à profit le volume de copies laissé par Gregorio, mais encore il a eu soin, quand il l'a pu, de recourir aux originaux, et, quoique le champ des découvertes ne soit probablement pas épuisé, on peut cependant être assuré que son recueil contient la très-grande majorité des anciennes Coutumes siciliennes. Malheureusement le plan qu'il a suivi et les préoccupations de magistrat, sous l'empire desquelles il se trouve placé, ne lui ont pas permis de donner à son œuvre le caractère scientifique qui semblait lui appartenir. M. Vito la Mantia s'est donné la mission d'écrire

l'histoire du droit civil et criminel de son pays ; mais il a volontairement exclu du cadre de ses études tout ce qui touche aux relations féodales, à l'organisation municipale, à l'état politique et administratif. D'un autre côté il a tenu surtout à mettre à la disposition des tribunaux les articles d'anciens statuts qui sont encore susceptibles d'application, et qui continuent à faire loi dans toutes les questions que le Code de 1819 n'a pas prévues. Ce double point de vue devait entraîner un grand nombre de mutilations. En effet, M. Vito la Mantia, conséquent avec lui-même, n'a pas hésité à retrancher tout ce qui ne tendait pas directement à son but. Au lieu de publier le texte entier de toutes les Coutumes, il n'a donné que des fragments de chacune d'elles. Grâce à ce procédé, son œuvre a gagné en unité et en utilité pratique, mais on ne peut se dissimuler qu'elle a perdu une partie de l'intérêt historique et général, que nous aurions aimé à y rencontrer.

Quoi qu'il en soit du mérite de cette observation, il faut se montrer reconnaissant envers M. Vito la Mantia du zèle avec lequel il a rempli sa tâche. Nous avons d'autant moins le droit de nous montrer exigeants, que dans notre pays, où les monuments de la législation coutumière abondent, nous ne possédons encore aucune collection qui permette de les étudier avec ensemble. Il y a d'ailleurs à tirer du recueil de M. Vito la Mantia un enseignement précieux, que nous devons mettre en lumière. En réunissant les articles d'anciennes Coutumes qui sont encore d'une application quotidienne, il a prouvé que la scission était bien moins grande qu'on ne s'est plu quelquefois à le dire entre l'ancien et le nouveau droit. Il a montré par une suite d'exemples, devant lesquels il faut s'incliner, que la rédaction des Codes ne dispensait pas de la connaissance des textes antérieurs, et par cette démonstration il a rendu un service signalé aux études que nous aimons et dont nous cherchons à répandre le goût.

EUGÈNE DE ROZIÈRE.

Le droit pénal français progressif et comparé, par M. NYPELS, professeur à l'université de Liége ; 1 vol. grand in-8°. 1864. Paris, Durand, libraire-éditeur. Prix : 18 francs.

« Le Code pénal de 1810, dit M. Nypels, est incontestablement un des plus importants monuments du droit pénal de

notre temps. Pendant plus d'un demi-siècle il a été la loi d'une grande partie de l'Europe occidentale. Au moment de sa publication, son empire s'étendait de Rome jusqu'à Hambourg ; il est resté en vigueur en France, en Belgique, dans les Pays-Bas et dans le canton de Genève, et naguère encore il régissait les provinces rhénanes, prussienne, hessoise et bavaroise [1]. »

Il forme donc la base et le point de départ d'un recueil de textes relatifs au droit criminel. Voici le plan suivi par M. Nypels : d'abord le Code de 1810, avec le projet soumis au Conseil d'Etat, et les sources, c'est-à-dire les dispositions corrélatives des lois antérieures, l'histoire de la confection du Code, l'analyse des discussions au Conseil d'Etat, le texte des rapports et exposés de motifs. En regard des articles du Code sont reproduites les modifications apportées par des lois subséquentes, et notamment par la loi de 1832. Quant à la loi du 13 mai 1863, elle fait l'objet d'un appendice qui comprend le texte de la loi avec l'exposé de motifs et le rapport au Corps législatif.

Une seconde section contient toutes les lois complémentaires rendues depuis 1814 jusqu'à ce jour, toujours avec les rapports et exposés de motifs.

Après le droit français vient le droit belge. Il se réduit à un petit nombre de lois qui ont modifié certains articles du Code de 1810. Depuis plusieurs années la Belgique a entrepris la révision complète du Code pénal ; mais ce travail n'est pas encore terminé.

Le recueil des lois pénales néerlandaises ne contient qu'une loi, celle du 29 juin 1854, qui, en vingt-cinq articles, a bouleversé tout le système des peines. Voici comment M. Nypels résume cette réforme : « Les peines des travaux forcés, à perpétuité et à temps, du carcan et de la dégradation civique sont abrogées et remplacées : les travaux forcés à perpétuité par la réclusion de cinq à vingt ans, les travaux forcés à temps par la réclusion de cinq à quinze ans ; le carcan et la dégradation civique par l'emprisonnement correctionnel et l'interdiction de certains droits civiques et civils. Les peines de la marque, de l'exposition publique et de la surveillance de la haute police sont complète-

[1] L'abrogation date : pour la province hessoise, de 1842 ; pour la province prussienne, de 1851 ; et pour la province bavaroise, de 1862.

ment abrogées ; il en est de même de la disposition de l'article 13 du Code pénal. Les articles 57, 58 et 59 du Code pénal sont abrogés. La récidive n'est plus une circonstance aggravante *légale*, mais une circonstance aggravante *judiciaire*. La tentative est punie de la peine immédiatement inférieure à celle du crime consommé. Enfin la disposition la plus remarquable est celle de l'article 9 de la loi, relative aux circonstances atténuantes en matière de crimes. Le juge est autorisé à remplacer la peine de la réclusion de cinq à vingt ans (c'est la peine qui remplace les travaux forcés à perpétuité du Code), et la déportation, par un emprisonnement correctionnel d'un an, au minimum ; la réclusion de cinq à quinze ans (travaux forcés à temps du Code) par un emprisonnement de six mois au minimum ; enfin la réclusion ordinaire de cinq à dix ans, et le bannissement, par un emprisonnement de trois mois au moins. Bien plus, la durée de l'emprisonnement applicable dans ces divers cas peut être réduite encore de moitié si le juge estime que cet emprisonnement doit être subi selon le régime cellulaire. »

Après les lois néerlandaises, vient le Code pénal prussien du 14 avril 1851. Ce travail a paru séparément, et la *Revue* en a déjà rendu compte.

Le recueil se termine par le Code pénal italien du 20 novembre 1859, avec les modifications apportées à ce Code pour les provinces napolitaines par le décret du 17 février 1861.

M. Nypels a joint à ce recueil une bibliographie choisie du droit criminel, qui contient 1868 numéros. Cette bibliographie, qui a aussi été publiée à part, n'est pas un simple catalogue, c'est une véritable histoire de la science du droit criminel avec l'analyse des œuvres les plus importantes, et de précieuses notices biographiques. Elle fait connaître, avec une clarté et une exactitude remarquables la législation criminelle de tous les pays de l'Europe.

Nous n'insisterons pas davantage sur le travail de M. Nypels. Il suffit de dire que la science des législations comparées n'a jusqu'ici rien fait de mieux, et qu'il doit figurer en première ligne dans toute bibliothèque de droit criminel. R. D.

Les institutions politiques, judiciaires et administratives de l'Angleterre, par Charles de Franqueville, auditeur au Conseil d'Etat, avocat à la Cour impériale ; 2e édit. in-8°. Paris, Hachette, 1864.

« Après avoir passé trois mois à Londres, disait un diplomate allemand, j'étais tout prêt à écrire un livre sur l'Angleterre ; après trois mois j'ai pensé que la tâche serait difficile, et maintenant que j'y ai vécu trois ans je la trouve impossible. » Ce diplomate allait assurément trop loin ; la tâche n'est pas impossible, mais elle offre en effet de très grandes difficultés. Si l'on s'arrête à l'écorce, si l'on se borne à décrire le mécanisme des trois pouvoirs de l'Etat et à copier les notices de l'Almanach royal, on ne peut espérer de comprendre les institutions anglaises. Pour les bien connaître et les apprécier à leur juste valeur, il faut pénétrer plus avant, étudier dans leurs détails les lois et la coutume, les suivre dans l'application et voir comment se font les affaires. Jusqu'ici nous n'avions pas en France un seul livre où l'on pût apprendre toutes ces choses, aussi est-il vrai de dire qu'il n'est pas de pays qui soit moins connu en France que l'Angleterre, et en essayant d'ouvrir la voie, M. de Franqueville a rendu un véritable service.

Le livre Ier traite de l'Etat et de l'Eglise. Il fait connaître les divers pouvoirs constitutionnels, le souverain, le ministère et les deux chambres, ainsi que la situation légale du protestantisme et de la religion catholique. Cette partie du sujet est la moins neuve ; nous n'y signalerons qu'un chapitre intéressant sur les bills du Parlement.

On se ferait une idée bien incomplète des fonctions du Parlement anglais, si on croyait qu'elles se bornent, comme celles de nos Chambres, à faire les lois et à voter l'impôt. Le Parlement anglais a en effet ce double pouvoir, et beaucoup plus étendu que celui dont jouissent nos chambres, puisque la reine n'a pas le droit de faire des ordonnances, et que tout acte législatif, jusqu'aux règlements de police, doit émaner du Parlement. Mais ces attributions ne sont pas les seules, et sans parler de l'influence politique qu'assure aux Chambres le régime parlementaire, on n'a jamais assez remarqué que presque toute l'administration est effectivement dans les mains du Parlement au moyen des bills privés (*private bills*). Les demandes qui, en

France, s'adressent aux ministres par l'intermédiaire des préfets et des administrations locales et se décident par le gouvernement en Conseil d'Etat, s'adressent en Angleterre directement au Parlement.

« Les bills privés, dit M. de Franqueville, sont répartis en deux classes : la première comprend ceux qui sont relatifs aux affaires suivantes : cimetières, églises, chapelles, propriétés ecclésiastiques, propriétés des corporations ou établissements charitables, corporations municipales, améliorations urbaines, marchés, police, formation de compagnies ; taxe des pauvres et taxe de comté, surveillance des pauvres, bacs, pêche, prisons et maisons de correction, drainage, améliorations foncières, brevets d'invention, cours locales, traitements des magistrats et fonctionnaires.

« Sont rangés dans la deuxième classe les bills de ponts, canaux, tranchées, rives de la mer et des fleuves, docks, ports, jetées, navigation, chemins de fer, réservoirs, bassins, égouts, tunnels, routes et distribution d'eau. »

Voici maintenant comment s'instruisent ces affaires. Le Parlement est saisi par une pétition accompagnée de pièces indiquées par le règlement, et de plans. Trois publications par extraits sont faites dans les journaux. Les plans et pièces sont ensuite mis à la disposition du public à Londres et sur les lieux ; tous les intéressés sont mis individuellement en demeure de prendre communication de ces pièces et de s'opposer s'il y a lieu. Après l'expiration du délai, la partie intéressée remet le dossier au Parlement avec les résultats de l'enquête. Un examinateur désigné par le président vérifie la régularité de l'instruction. Le bill est soumis à trois lectures. Les oppositions peuvent se produire jusqu'au huitième jour qui suit la seconde lecture. Entre la seconde et la troisième lecture, l'examen du bill est fait en commission. Lorsqu'il y a des oppositions, la commission se compose de cinq membres et constitue un véritable tribunal qui entend les parties et leurs avocats. Par ce moyen, les affaires marchent rapidement et tout se fait au grand jour, mais les frais sont considérables et tout le monde reconnaît la nécessité de les réduire.

Le second livre traite de la justice et de la législation. M. de Franqueville fait remarquer avec raison que l'organisation judi-

ciaire en Angleterre est en général mal comprise, et que si elle était mieux connue on la critiquerait moins. M. de Franqueville expose très-clairement les fonctions des diverses cours civiles et criminelles, de la loi commune et d'équité, ainsi que la procédure. Peut-être aurait-il dû insister davantage sur la compétence des cours de chancellerie et sur les *writs*, qui tiennent une si grande place dans la procédure anglaise, mais il est vrai que pour réduire l'ouvrage à un seul volume il était indispensable de sacrifier les détails.

Ce défaut se fait sentir davantage dans le court exposé du droit anglais, qui termine le second livre. Les notions sont exactes, mais trop sommaires. Le droit anglais a ses racines dans le droit coutumier et jusque dans le droit germanique. Le droit romain n'a jamais pénétré en Angleterre. C'est pour cette raison que le droit anglais est si difficile pour les jurisconsultes du continent; ils n'y retrouvent ni le fond commun des législations européennes, ni même la langue à laquelle ils sont habitués. Il y aurait un beau livre à faire pour expliquer la législation anglaise ; il ne suffit pas pour cela de traduire Blackstone, il faut encore signaler quelle est la règle de notre législation qui correspond à celle de la législation anglaise, et trouver la cause des différences. Par exemple, le droit de propriété, tel que le comprennent les Anglais, ne ressemble pas au *dominium* du droit romain. C'est plutôt la saisine germanique. De là la confusion du *dominium* et du *jus in re*, l'absence de mots pour désigner l'usufruit et les servitudes, et au contraire l'introduction des tenures à temps ou à vie inconnues à notre droit français.

Le troisième livre traite de l'administration centrale, c'est-à-dire des affaires intérieures et extérieures, de l'armée, de la marine et des finances. Le quatrième livre expose l'administration locale dans le comté, la paroisse et le bourg. Cette dernière partie est la plus neuve et la plus intéressante. Blackstone passe entièrement ce sujet sous silence, et on ne le trouve même traité *ex professo* dans aucun ouvrage anglais.

L'administration des comtés appartient aux juges de paix, c'est-à-dire en réalité aux principaux propriétaires, car le nombre des juges de paix est illimité, et il est à peu près sans exemple qu'une commission de juge de paix soit refusée à un grand propriétaire. Les fonctions de juge de paix sont gratuites et de fait

inamovibles. Les juges de paix de chaque comté se réunissent en sessions trimestrielles pour voter les taxes, juger les affaires de leur compétence, donner les licences aux débitants de boissons, nommer les officiers du comté, en un mot faire toutes les affaires communes de la circonscription, sous leur responsabilité personnelle et avec le contrôle de la Cour du banc de la reine, qui peut aussi bien les contraindre à exercer leur pouvoir que les empêcher d'en abuser. Il n'y a rien en Angleterre qui réponde à nos préfectures, car les fonctions des shériffs sont insignifiantes, et plus judiciaires qu'administratives. Il est remarquable qu'en Irlande les fonctions administratives des juges de paix sont attribuées au jury d'accusation.

La paroisse anglaise correspond à peu près à notre commune, mais l'organisation est toute différente. En France, les villes et les campagnes sont soumises à la même organisation municipale, c'est-à-dire au régime représentatif. Toutes les affaires sont faites par un conseil municipal élu, ou plutôt par un maire nommé par le gouvernement et pouvant être pris en dehors du conseil municipal. Ce maire lui-même est subordonné au préfet et au ministre. En Angleterre, le régime municipal n'existe que dans les bourgs, au nombre de 580 seulement. L'administration appartient au maire, aux aldermen et au conseil communal, tous électifs. La tutelle administrative, très-restreinte d'ailleurs, appartient au Parlement. Hors des bourgs, le territoire est divisé en 14,000 paroisses environ. La paroisse a ses propriétés, elle a aussi ses obligations légales qu'elle est tenue d'accomplir sous le contrôle des cours de justice. A cet effet, les paroissiens inscrits à la taxe des pauvres (*ratepayers*) se réunissent en assemblée générale, ordinairement dans la sacristie de l'église paroissiale (*vestry*), votent les taxes paroissiales, nomment les marguilliers (*churchwardens*), les surveillants des pauvres (*overseers of the poor*), les surveillants des routes (*surveyors of the highways*). On ne saurait mieux comparer les réunions de *vestry* qu'à une assemblée d'actionnaires. Tous les paroissiens ont les mêmes droits quand il s'agit de voter en levant la main, mais au scrutin les contribuables payant sur un revenu de plus de 1,250 francs ont une voix de plus par 625 francs de revenu imposable au delà de ce chiffre, sans toutefois pouvoir réunir plus de six voix.

Il faudrait encore signaler l'organisation de la métropole. La cité de Londres ne comprend qu'un quartier de la capitale. Le reste de la ville ne forme que des paroisses administrées par des *vestries* électifs, complétement indépendants les uns des autres, si ce n'est pour les travaux publics et la police qui sont centralisés.

Le peu que nous venons de dire suffit pour donner une idée du système suivi en Angleterre. On voit qu'il est fondé sur la liberté bien plus que sur ce qu'on est convenu d'appeler la *décentralisation*. Le rôle que remplit chez nous l'administration centrale est rempli en Angleterre par le Parlement et les cours de Westminster, mais sous ce contrôle les localités font elles-mêmes leurs affaires, tandis qu'en France leurs affaires sont faites par des fonctionnaires, agents du gouvernement. D'où il suit que la décentralisation, en affaiblissant le contrôle imposé à ces fonctionnaires, n'a eu pour effet que de rendre leur autorité plus redoutable et les abus de pouvoir plus fréquents.

On voit par cette rapide analyse l'intérêt qui s'attache au livre de M. de Franqueville. Il est toujours clair et exact. Nous n'y voudrions que plus de détails. A cet égard, nous tenons à signaler deux ouvrages récemment publiés en Allemagne sur le même sujet, celui de M. Gneist sur la constitution et l'administration anglaises, et celui de M. Fischel sur la constitution de l'Angleterre. Ce dernier vient d'être traduit en français. Quant au premier, la forme en est peu attrayante, mais il contient une masse énorme de faits et de documents, éclairés par des observations en général judicieuses. Ces deux ouvrages sont d'autant plus propres à bien faire connaître les institutions anglaises qu'ils sont écrits par des étrangers et qu'ils cherchent à expliquer tout ce qui a besoin d'explication [1].

R. D.

[1] Nous tenons encore à signaler l'ouvrage tout récent de M. Gundermann, avocat du roi à Munich, sur le droit privé anglais, t. I, Tubingen, 1864.

DU

CLASSEMENT AU POINT DE VUE DOMANIAL

DES ÉDIFICES AFFECTÉS A UN SERVICE PUBLIC NATIONAL, DÉPARTEMENTAL OU COMMUNAL.

(Suite[1].)

CHAPITRE VIII.

EXAMEN DES LOIS RELATIVES A L'AFFECTATION DES BIENS DOMANIAUX A UN SERVICE PUBLIC, AINSI QUE DE LA PRATIQUE LÉGISLATIVE ET GOUVERNEMENTALE EN CETTE MATIÈRE; JUSTIFICATION DE LA THÉORIE DE LA LOI.

131. Objet principal de ce chapitre.
132. Autres objets de ce chapitre.
133. Division du chapitre en trois sections.

131. Nous venons de montrer dans le chapitre précédent que les plus importantes lois administratives qui aient fait mention des édifices publics, conspirent à déterminer leur classement parmi les dépendances du domaine privé de la commune, du département ou de l'Etat.

Dans ce dernier chapitre, au terme de ce travail, nous allons aborder une série de lois administratives plus importantes encore, lois trop négligées dans l'étude de cette matière, et qui cependant doivent exercer sur la solution de ce problème juridique une influence décisive. Nous voulons parler des lois qui déterminent les conditions et les formes de l'affectation des immeubles domaniaux à un service public.

Les auteurs dont nous combattons la doctrine soutiennent que l'affectation d'un édifice à un service public a pour effet de faire passer cet édifice du domaine privé dans le domaine public.

[1] Voir *Revue historique*, livraison de novembre-décembre 1863, t. IX, p. 493; janvier-février 1864, t. X, p. 5; mars-avril 1864, p. 121.

Comment, dans l'examen de ce point de droit, serait-il possible d'oublier la législation administrative spéciale qui règle cette affectation ? Si l'affectation d'un édifice à un service public engendre par elle-même la transformation de son caractère domanial, de domaine privé en domaine public, la législation qui régit les conditions et les formes de cette affectation doit contenir quelque signe révélateur d'un effet aussi grave.

Nous verrons au contraire que cette législation, dont il convient de retracer l'histoire, a reposé, à toutes les époques et surtout dans son état actuel, sur cette idée fondamentale, « que l'affectation d'un édifice à un service public n'altère en rien son caractère domanial primitif, » c'est-à-dire qu'elle n'opère aucun changement dans sa nature légale.

132. En suivant ce même ordre d'idées, nous montrerons aussi dans ce chapitre comment les assemblées législatives et le gouvernement ont eux-mêmes compris et pratiqué, à diverses époques, le classement des édifices domaniaux, dans cette pensée commune que leur affectation à un service public n'en change pas la nature.

Enfin, à l'aide des mêmes éléments, nous justifierons la loi qui soumet au même classement tous les édifices domaniaux affectés ou non à un service public, moins ceux auxquels un texte exceptionnel a conféré les priviléges de la domanialité publique; nous montrerons que l'affectation à un service public n'est qu'un mode particulier de jouissance des édifices domaniaux, comme la location elle-même; et que le premier de ces deux modes de jouissance ne pouvait pas plus que le second modifier la nature légale du bâtiment qui en est l'objet.

133. Il résulte de ce qui vient d'être dit que ce dernier chapitre doit être divisé en trois parties ou sections.

Dans la première nous étudierons, au point de vue de ses vicissitudes historiques et de son état actuel, la législation relative à l'affectation des bâtiments domaniaux à un service public.

Dans la seconde nous exposerons la pratique législative et gouvernementale en matière de classement des édifices domaniaux.

Dans la troisième nous justifierons, au point de vue rationnel, la solution de la loi, telle que nous l'avons comprise et démontrée.

PREMIÈRE SECTION.

Législation relative à l'affectation des bâtiments domaniaux à un service public.

134. Historique de cette législation ; nombreuses variations.
135. Première période, jusqu'en l'an X.
136. Deuxième période, de l'an X jusqu'en 1833.
137. Troisième période, de 1833 jusqu'en 1850.
138. Quatrième période, de 1850 à 1852; motifs et critiques de l'article 4 de la loi du 18 mai 1850.
139. Cinquième période, depuis 1852.
140. Conséquences à déduire de cet historique.
141. Texte du décret législatif du 24 mars 1852 ; portée de la disposition ; son importance décisive.
142. Il contient la solution même de la question de classement des édifices affectés à un service public.
143. Harmonie de ce texte avec les autres lois administratives et avec le Code Napoléon. Du reste, en cas de désaccord, il devrait l'emporter à titre de loi spéciale.
144. Deux autres considérations résultent de cette disposition.
145. Première observation.
146. Seconde observation tirée de la partie du décret qui mentionne l'urgence des services publics.
147. Affectation des édifices départementaux et communaux.
148. Règles pour les édifices départementaux.
149. Règles pour les édifices communaux.

134. La législation relative à l'affectation à un service national des bâtiments et édifices du domaine de l'Etat a beaucoup varié, soit depuis la Révolution française, soit depuis le commencement du siècle. L'histoire de cette législation peut être divisée en cinq périodes.

La première s'étend de l'an VIII (1800), et même depuis 1789 jusqu'en l'an X; la seconde, de l'an X jusqu'en 1833 ; la troisième, de 1833 à 1850; la quatrième, de 1850 à 1852 ; la cinquième embrasse l'époque actuelle depuis le décret législatif du 24 mars 1852.

135. Dans la première période, sous l'empire de l'article 2 de la loi des 22 novembre-1er décembre 1790 que nous savons avoir été purement et simplement reproduit par l'article 548 du Code Napoléon, l'affectation d'un bâtiment domanial à un service public n'était soumise à aucune règle déterminée.

Les ministres prenaient librement possession des bâtiments

domaniaux à leur convenance pour y installer les services publics relevant de leur ministère; les divers chefs de service s'arrogeaient aussi ce droit, avec ou sans délégation du supérieur hiérarchique.

Sous la Constitution de 1791 et sous celle de l'an III, les administrations collectives de département, et, depuis la loi du 28 pluviôse de l'an VIII, les préfets, en faisaient parfois autant.

Les bâtiments domaniaux se trouvaient ainsi livrés à une sorte d'anarchie. Pendant cette période, au sein d'un tel état de choses qui s'est poursuivi jusqu'en l'an X, comment admettre que l'affectation ainsi faite d'un bâtiment domanial à un service public pût en transformer la nature légale, le rendre inaliénable et imprescriptible? Evidemment, un tel défaut de réglementation ne pouvait reposer que sur cette circonstance, que l'affectation à un service public n'apportait aucun changement juridique dans le classement et la nature des bâtiments qui en étaient l'objet.

136. Un arrêté du 13 messidor de l'an X ouvre la seconde période. L'article 5 de cet arrêté [1] décide qu'à l'avenir il faudra

[1] Arrêté du 13 messidor an X (2 juillet 1802) : « Les consuls de la république, sur le rapport du ministre de la guerre, le Conseil d'Etat entendu, arrêtent : ART. 1er. Le ministre de la guerre fera faire, dans les trois mois qui suivront la date du présent arrêté, une reconnaissance et désignation générale des édifices et établissements propres aux casernements, magasins de tout genre, hôpitaux, etc., nécessaires au service de la guerre. Cet état sera dressé conformément aux dispositions ci-dessous. — ART. 2. L'état prescrit par l'article précédent fera connaître : 1° le nom du département; 2° celui de la commune dans laquelle les immeubles sont situés; 3° la désignation de l'immeuble dont il s'agit, avec la mention de la valeur locative, et du montant de la contribution foncière; 4° l'objet pour lequel il est réservé pour le service militaire, et la désignation des personnes qui l'occupent. — ART. 3. Cet état sera communiqué au préfet du département; et celui-ci, après avoir consulté les préposés de la régie du domaine national, fera parvenir leur avis et ses observations sur ledit état, par duplicata, au ministre des finances et au ministre de la guerre. — ART. 4. D'après les rapports faits sur lesdits états et projets par les ministres des finances et de la guerre, les Consuls décideront définitivement quels édifices devront rester à la disposition du ministre de la guerre, et quels autres doivent être remis au ministre des finances. — ART. 5. A dater de la publication du présent arrêté, nul édifice national ne pourra, même sous prétexte d'urgence, être mis à la disposition d'aucun ministre qu'en exécution d'un arrêté des Consuls. »

un acte du gouvernement pour mettre à la disposition des ministres les immeubles domaniaux nécessaires aux services publics.

Cet arrêté introduisait ainsi dans la législation un principe salutaire et qui subsiste encore. Il a régi seul toutes les affectations qui se sont opérées depuis l'an X jusqu'en 1833, c'est-à-dire pendant les dernières années du Consulat, sous le premier Empire, sous la Restauration et pendant les premières années qui suivirent la Révolution de 1830. Par application de l'arrêté de l'an X, c'est successivement par voie d'arrêtés des Consuls, de décrets impériaux, puis d'ordonnances royales, que les édifices nationaux ont été affectés aux services publics.

Mais, pendant cette longue période, ces actes du pouvoir exécutif étaient rendus sans emploi de formes particulières, en dehors des garanties constitutionnelles. Ils laissaient encore place aux abus. Un document officiel observe que, « chaque ministre étant libre de provoquer seul le décret ou l'ordonnance d'affectation, les ministères, les administrations publiques cédaient à d'autres services, et même à des établissements religieux, les immeubles qui leur avaient été affectés, sans en donner avis au ministère des finances. » Ce sont ces abus qui ont provoqué l'ordonnance royale du 14 juin 1833.

Or, comment voir dans ces affectations antérieures à 1833, environnées de garanties insuffisantes bien que préférables aux règles antérieures à l'an X, une transformation de la nature légale des bâtiments domaniaux?

137. Dans la troisième période, le principe de l'arrêté de l'an X est maintenu; il faut toujours un acte du gouvernement pour opérer l'affectation, mais cet acte du gouvernement doit être environné de garanties exceptionnelles, de nature à éviter les abus dans l'emploi de ce mode de gestion d'une partie notable de la fortune publique.

C'est l'ordonnance royale du 14 juin 1833 qui trace ces règles nouvelles. Elle exige l'intervention du ministre des finances, qui est chargé de veiller à la conservation et à la gestion du domaine de l'Etat; elle ordonne aussi l'insertion de l'acte d'affectation au *Bulletin des lois*.

Il faut connaître le texte même [1] de cette ordonnance, qui est

[1] Ordonnance royale du 14 juin 1833. — « Vu l'article 5 de l'arrêté du

encore en vigueur aujourd'hui, après avoir été momentanément abrogée pendant la quatrième période. On remarquera que rien, dans les termes de cette ordonnance, ne suppose que le bâtiment affecté à un service public sorte du domaine privé de l'Etat pour passer dans le domaine public ; l'intervention exigée du ministre des finances, au lieu de pouvoir être interprétée dans ce sens, prouverait plutôt le contraire, puisque ce ministre est exclusivement chargé de la gestion du domaine privé de l'Etat.

138. En 1850 un changement radical de législation est venu ouvrir une quatrième période qui a eu peu de durée.

La loi de finances du 18 mai 1850, dans son article 4[1], a substitué à l'affectation par décret ou ordonnance l'affectation par l'effet d'une loi.

Il faut rappeler que c'est la commission du budget qui, en vertu de l'initiative législative que l'Assemblée nationale partageait à cette époque avec le pouvoir exécutif, avait introduit dans le projet de loi du budget cet article 4 et les autres dispositions dont se compose le titre II de cette loi. M. Gouin, au nom de la commission, s'exprimait ainsi dans son rapport :

« La commission a porté son attention sur une lacune que présente cette législation, en ce qui concerne l'affectation d'un immeuble national à un service public. Jusqu'à ce jour, ces sortes d'affectation n'ont été soumises à aucune sanction ou autorisation législative ; elles ont lieu par une simple décision de l'administration, et elles ne sont pas toujours justifiées par un besoin d'intérêt général ; ces affectations, une fois admises, ne

13 messidor an X portant que nul édifice national ne pourra, même sous prétexte d'urgence, être mis à la disposition d'aucun ministre qu'en exécution d'un arrêté du gouvernement ; voulant donner à cette disposition les garanties constitutionnelles, en réglant le mode à suivre dans tous les cas où il s'agit d'affecter un immeuble domanial à un service public de l'Etat, nous avons ordonné et ordonnons : Les ordonnances qui auront pour objet d'affecter un immeuble appartenant à l'Etat à un service public de l'Etat, seront concertées entre le ministre qui réclamera l'affectation et le ministre des finances. L'avis du ministre des finances sera toujours visé dans ces ordonnances, qui seront contre-signées par le ministre du département au service duquel l'immeuble devra être affecté ; elles seront insérées au *Bulletin des lois.* »

[1] Cet article était ainsi conçu : « A l'avenir, l'affectation d'un immeuble national à un service public ne pourra être faite que par une loi. »

cessent que difficilement et constituent une sorte d'aliénation temporaire.

« Nous pensons qu'il y a utilité à faire intervenir dans cette circonstance l'autorité législative; les propositions de l'administration, devant être soumises à ce contrôle, seront mieux étudiées et mieux motivées; ce sera une amélioration dans la conservation ou l'emploi de la fortune publique. »

Ces derniers mots du rapport attribuent à l'affectation d'un immeuble domanial à un service public son véritable caractère; c'est un mode d'*emploi de la fortune publique*. Cette appréciation est exacte; il n'en serait pas juridiquement ainsi de la comparaison timidement établie entre cette affectation et l'aliénation; on ne comprend pas bien ce que c'est qu'*une sorte d'aliénation temporaire*, ou plutôt ces paroles accusent une préoccupation à laquelle les principes du droit demeurent étrangers.

Elles trahissent un sentiment de défiance contre le pouvoir exécutif. La commission considère que l'affectation d'un immeuble domanial à un service public le frappe de stérilité entre les mains de l'Etat, en laissant à la charge du Trésor public, et en les augmentant, les dépenses d'entretien et de conservation. La commission considère, en outre, que des affectations ont été faites sans être suffisamment justifiées par l'intérêt général, et, dans le but de prévenir ces abus, elle propose à la législature d'y veiller elle-même et de se saisir de cette attribution.

Tel est le point de vue auquel s'est placé le législateur de 1850. Il n'a envisagé que les conséquences matérielles et non les effets juridiques et légaux de l'affectation, et il a été amené par la force même des choses à lui reconnaître le seul caractère qui lui appartienne réellement, celui d'*un mode d'emploi de la fortune publique*. En un mot, en exigeant une loi pour opérer cette affectation, on n'a pas été guidé en 1850 par la pensée que l'acte d'affectation faisait passer l'immeuble du domaine privé dans le domaine public, et cette démonstration suffit à notre thèse, lors même que le point de vue auquel s'est placé le législateur de 1850 serait de nature à justifier son œuvre.

C'est, du reste, ce que nous ne croyons pas; l'article 4 de la loi du 18 mai 1850 ne nous paraît pas avoir été une bonne loi; il nous semble avoir parfaitement mérité de n'avoir qu'une existence éphémère de deux années. A nos yeux, cette disposi-

tion constituait une atteinte au principe de la séparation des pouvoirs législatif et exécutif, un envahissement du pouvoir législatif dans la sphère du pouvoir exécutif. L'affectation d'un immeuble domanial à un service public est un acte de gestion et d'administration qui doit être exclusivement placé dans les attributions du pouvoir dont la mission constitutionnelle est de gouverner et d'administrer le pays; le pouvoir législatif, en cette matière, peut intervenir par voie de contrôle, mais jamais par voie d'action et de décision. Il n'est pas même nécessaire, pour justifier cette attribution gouvernementale, de faire observer l'urgence que réclament souvent ces affectations. Le législateur de 1850, s'attribuant le droit de faire ces affectations, par le motif qu'elles auraient été parfois mal faites, violait le principe de la séparation des pouvoirs aussi bien que s'il s'était emparé du droit de nommer les préfets, sous prétexte qu'ils auraient été mal choisis par le gouvernement.

139. Le décret législatif du 24 mars 1852 est venu abroger la loi de 1850, ouvrir une cinquième période dans l'histoire de cette législation, et rétablir l'état de choses antérieur à 1850, c'est-à-dire l'application de l'ordonnance du 14 juin 1833, ci-dessus rapportée [n° 137]. Tel est le dernier état de la législation, son état actuel depuis 1852.

140. Il résulte de cet historique que l'acte administratif nécessaire pour opérer l'affectation d'un bâtiment national à un service public a été soumis à quatre sortes de réglementation.

Dans la première période, cet acte administratif pouvait être un arrêté ministériel ou même l'acte d'une autorité administrative inférieure.

Dans la deuxième période, cet acte administratif a dû émaner du gouvernement, être un arrêté consulaire, un décret impérial ou une ordonnance royale.

Dans la troisième période, cet acte du gouvernement a dû être accompagné de garanties constitutionnelles.

Dans la quatrième période, un acte du pouvoir législatif lui-même, une loi, a été nécessaire pour cette affectation.

Enfin, la cinquième période nous a ramenés au régime de la troisième.

Or, à travers ces changements si nombreux, au milieu de toutes ces vicissitudes, la législation n'a présenté aucune dispo-

sition, aucune indication, qui puisse être interprétée dans le sens d'un changement accompli dans la nature légale de l'édifice par suite de sa destination nouvelle. A toutes les époques, au contraire, la législation a paru reposer sur l'idée de la persistance du caractère primitif du bâtiment comme sur sa base rationnelle, ou bien, comme en 1850 ou 1851, pendant deux ans seulement, sur des considérations d'une autre nature, étrangères à toute idée de classement domanial.

Mais nous n'en sommes pas réduits au silence de la loi, si concluant qu'il puisse être! nous n'en sommes pas réduits à des présomptions et à des inductions, si fondées qu'elles soient! Le législateur lui-même a parlé. Il a formellement proclamé cette vérité, que la législation en cette matière a pour base fondamentale « le maintien du caractère domanial de l'édifice affecté à un service public. »

141. Voici quelle est la teneur du décret législatif du 24 mars 1852 :

« *Considérant que les nécessités des services sont souvent urgentes, et* QUE L'AFFECTATION D'UN IMMEUBLE A UN SERVICE PUBLIC N'ALTÈRE EN RIEN SON CARACTÈRE DOMANIAL ; — Article unique : *L'article 4 de la loi du* 18 *mai* 1850 *est abrogé.* »

Comment soutenir, en présence de cette disposition législative [1], que l'affectation d'un immeuble de l'Etat à un service public engendre la domanialité publique et le rend insusceptible de propriété privée ?

S'il en était ainsi, l'affectation produirait dans le caractère domanial de l'édifice la révolution la plus complète et la plus profonde. Son caractère domanial serait radicalement changé, puisque de domaine privé il deviendrait domaine public, puisque d'aliénable il deviendrait inaliénable, puisque, de prescriptible qu'il était avant, il deviendrait imprescriptible par l'effet direct de l'acte d'affectation.

Le législateur de 1852 déclare, au contraire, « que l'affectation d'un immeuble à un service public N'ALTÈRE EN RIEN SON

[1] Tout le monde sait que l'article 58, § 2, de la Constitution a donné force de loi à tous les décrets rendus par le chef de l'Etat entre le 2 décembre 1851 et la mise en vigueur (avril 1852)de la Constitution du 14 janvier 1852, temps pendant lequel les pouvoirs législatif et exécutif ont été réunis dans sa main.

CARACTÈRE DOMANIAL. » Dire cela, c'est déclarer que l'immeuble, après l'acte administratif portant affectation à un service public, reste ce qu'il était avant, c'est-à-dire domaine privé, aliénable et prescriptible.

Or, c'est la contre-proposition nette et précise du système que nous combattons, et c'est en même temps la formule du principe dont nous avons entrepris la défense.

De cette déclaration que l'affectation à un service public *n'altère en rien le caractère domanial* du bâtiment, résulte, comme conséquence implicite et nécessaire, que tous les bâtiments de l'État affectés ou non à un service public *ont le même caractère domanial*, c'est-à-dire qu'ils sont tous dans le domaine privé, moins ceux qu'un texte spécial en exclut.

142. Cette déclaration si formelle, c'est dans un texte de loi que nous la rencontrons! Et cette loi, il ne faut pas l'oublier, est la loi spéciale de la matière! C'est la loi même qui règle l'affectation dont il s'agit de déterminer les effets juridiques!

C'est plus qu'un argument de premier ordre, c'est plus qu'un argument décisif qui résulte de ce texte. Il contient la solution même de cette question de classement!

143. On voit que la teneur de ce décret législatif est en parfaite harmonie avec l'esprit et la lettre des articles 538 et 540 du Code Napoléon, et des nombreuses lois administratives que nous avons passées successivement en revue.

Alors même qu'une dissidence se fût produite, le décret du 24 mars 1852 l'eût emporté sur les dispositions de la loi civile et sur celles des lois administratives, qui mentionnent les édifices publics sans avoir pour objet principal de régir leur affectation aux services publics. A titre de loi spéciale à la matière et en vertu de la règle *Specialia generalibus derogant*, la prédominance appartiendrait au décret du 24 mars 1852 sur toute loi contraire, administrative ou civile.

Mais, au lieu de contradictions, nous n'avons signalé partout que l'entière conformité de tous les textes entre eux.

144. Toutes autres considérations ne peuvent être que secondaires en présence de la déclaration de principe que nous venons de trouver écrite dans le décret de 1852. Cependant cette disposition législative fournit encore d'autres éléments de solution qui ont aussi leur importance.

145. En premier lieu, il est utile d'observer que si l'affectation à un service public eût engendré la domanialité publique, le législateur de 1852 n'aurait pas manqué d'invoquer cette considération puissante à l'appui de l'abrogation de la loi de 1850. Il eût fait valoir que cette affectation, loin de compromettre l'immeuble qui en est l'objet, apporte à sa conservation un supplément de garantie, en lui conférant les priviléges de l'inaliénabilité et de l'imprescriptibilité. Au lieu de dire que l'affectation *n'altère en rien le caractère domanial* de l'immeuble, le législateur eût dit au contraire que cette affectation le transforme pour lui donner une situation meilleure au point de vue légal, pour le protéger aussi complétement que les forteresses, à l'égal des grandes routes, des fleuves et des rivages de la mer.

146. En second lieu, il ne faut pas négliger cette autre déclaration du décret du 24 mars 1852, *que les nécessités des services sont souvent urgentes*. La domanialité publique serait bien difficile à concilier avec ces affectations d'urgence. S'il est vrai que les circonstances amènent, modifient, font disparaître avec rapidité les nécessités des services publics auxquelles les affectations de bâtiments domaniaux sont subordonnées, il est impossible d'admettre que la domanialité publique puisse aussi paraître et disparaître au gré de ces nécessités! Il est impossible d'admettre que la chose devienne ainsi tour à tour aliénable et inaliénable, prescriptible et imprescriptible!

Les dépendances du domaine public ne sont pas susceptibles d'une telle mobilité d'évolutions; il faudrait cependant les subir d'après la doctrine contraire, à moins de se livrer à des distinctions impraticables [n°s 55 à 58] et que ne permet pas la teneur du décret impérial d'affectation.

147. Nous n'avons parlé jusqu'à présent que des règles relatives à l'affectation des bâtiments du domaine de l'État à un service national. Il nous suffira d'indiquer les règles de l'affectation d'un édifice départemental à un service public du département, d'un édifice communal à un service public de la commune. Aucun texte ne détermine les effets de ces deux sortes d'affectation, mais il est bien certain que ces effets ne sauraient (à moins d'un texte contraire, lequel n'existe pas) produire des effets juridiques autres que l'affectation d'un édifice du domaine de l'État à un service public national.

148. Aux termes de l'article 4, § 3, de la loi du 10 mai 1838, le conseil général délibère sur le changement de destination ou d'affectation des édifices départementaux. L'article 29 de la loi du 10 mai 1838 exigeait que ces délibérations du conseil général fussent approuvées par une ordonnance royale rendue en Conseil d'État. Le décret du 25 mars 1852 sur la décentralisation administrative maintient cette règle (tableau A, 2e partie, lettre *f*) en ce qui concerne les changements de destination des édifices départementaux affectés à un service public de l'État; mais il l'abroge (tableau A, 1re partie, 2°) en ce qui concerne l'affectation d'une propriété départementale à un service public départemental, soit qu'il s'agisse de réaliser une première affectation, soit qu'il s'agisse de substituer une affectation à une autre, pourvu que ce soit dans la sphère des services départementaux. Ce sont les préfets qui, d'après le décret de 1852, autorisent l'exécution des délibérations des conseils généraux pour cette seconde sorte d'affectation.

Il faudrait donc admettre, dans le système opposé, qu'un arrêté préfectoral pût changer la nature légale d'un immeuble qui, en définitive, conserve toujours le même aspect physique et les mêmes aptitudes naturelles.

149. La même observation se produit pour les édifices communaux, dont l'affectation aux différents services publics doit faire l'objet d'une délibération du conseil municipal (loi du 18 juillet 1837, art. 19, § 3) soumise à l'approbation de l'administration préfectorale.

DEUXIÈME SECTION.

Pratique législative et gouvernementale sur le classement des bâtiments domaniaux affectés à un service public.

150. Objet de cette section.
151. Historique.
152. Article 9 de la loi de finances du 31 janvier 1833; argument qui en résulte.
153. Ordonnance royale du 6 octobre 1833; argument.
154. Ordonnance royale du 20 juillet 1835; argument.
155. Publication officielle de 1836 sous le titre : *Etat des propriétés immobilières appartenant à l'Etat*; argument.
156. Utiles enseignements résultant de cette publication, quoiqu'elle ne présente pas l'état actuel des affectations.

157. Données générales de l'état de 1836.
158. Ministère de la justice et des cultes.
159. Ministère des affaires étrangères.
160. Ministère de l'instruction publique.
161. Ministère de l'intérieur.
162. Ministère du commerce.
163. Ministère de la guerre.
164. Ministère de la marine.
165. Ministère des finances.
166. Conclusion.

150. Nous venons de voir que la législation qui règle l'affectation des bâtiments domaniaux à un service public est antipathique à la domanialité publique de l'immeuble et l'exclut formellement. Il reste à montrer que cette vérité résulte encore de la pratique législative et gouvernementale, suivie dans les opérations de classement dont les immeubles domaniaux ont été l'objet à certaines époques.

151. Les bâtiments domaniaux affectés aux services de l'État forment une portion notable de la fortune publique. Il était naturel que le législateur lui-même intervînt parfois à côté de l'action gouvernementale, pour s'éclairer sur la véritable importance de cette partie du domaine national. Aussi a-t-il demandé à certaines époques qu'il fût dressé un état de ces édifices, indiquant leur valeur et la nature des services auxquels ils étaient consacrés.

Une loi du 4 ventôse an IV ordonna la formation d'un tableau des édifices nationaux occupés par des établissements publics.

Un arrêté du Directoire exécutif du 25 frimaire an VII chargea la régie de l'enregistrement de faire dresser l'état des édifices, emplacements et domaines nationaux employés au service militaire de terre ou de mer.

Nous avons vu les mêmes mesures prescrites à peu de chose près par les articles 1, 2 et 3 de l'arrêté du 13 messidor an X [voir n° 136].

Un document officiel porte qu'à ces diverses époques « l'administration des domaines ne put obtenir que des renseignements incomplets; que les agents des services publics opposèrent aux investigations de ses préposés une résistance qui les rendit à peu près infructueuses. »

En 1833, un nouvel état de cette nature fut ordonné, et c'est

cette importante opération, couronnée cette fois d'un plein succès, qu'il convient de faire connaître ici.

152. L'article 9 de la loi de finances du 31 janvier 1833 est ainsi conçu :

« Le gouvernement fera distribuer aux Chambres, pendant la session de 1835, un tableau de toutes les propriétés immobilières appartenant à l'État, tant à Paris que dans les départements, et qui sont affectées à un service public quelconque. Ce tableau devra contenir la date de l'affectation et l'indication de l'usage auquel chaque propriété est consacrée, ainsi que sa valeur approximative. »

En présence de ces termes, « *propriétés immobilières appartenant à l'État,* » il est bien difficile de mettre en doute que le législateur de 1833 n'ait tenu pour certain que ces immeubles continuaient, en principe, à faire partie du domaine privé de l'État, nonobstant leur affectation à un service public. Si l'on réfléchit que c'est dans le cours de la même année qu'est intervenue l'ordonnance du 14 juin 1833 qui règle les formes de l'acte administratif d'affectation [n° 137], si l'on réfléchit qu'entre la loi du 31 janvier et l'ordonnance du 14 juin existe le lien d'une étroite solidarité, on reconnaîtra aux termes de cette loi de finances une très-réelle importance.

153. Ces termes ont reçu leur développement et leur commentaire dans les actes du gouvernement qui ont eu pour objet de pourvoir à l'exécution de cet article 9 de la loi de 1833.

Une première ordonnance royale, en date du 6 octobre 1833[1], fut rendue dans ce but.

[1] Ordonnance du 6 octobre 1833. — « ART. 1er. Les fonctionnaires, chefs de service ou agents supérieurs des divers départements ministériels, adresseront, avant le 1er janvier 1834, à celui des ministères auquel ils ressortissent, un tableau conforme au modèle ci-annexé de toutes les propriétés immobilières appartenant à l'Etat qui sont affectées à un service public, dans la circonscription ou le ressort respectivement attribué auxdits fonctionnaires, chefs ou agents. — ART. 2. Les tableaux partiels mentionnés en l'article précédent seront transmis par chaque ministre à notre ministre secrétaire d'État des finances, lequel fera dresser, par les soins de l'administration de l'enregistrement et des domaines, le tableau général dont la formation est prescrite par l'article 9 de la loi du 31 janvier 1833. — ART. 3. A l'égard des terrains et ouvrages de fortifications dont l'évaluation doit être faite d'après des bases particulières, il en sera dressé, par

Elle reproduit les termes de *propriétés immobilières appartenant à l'État et qui sont affectées à un service public.*

154. La loi du 31 janvier et l'ordonnance du 6 octobre ne concernaient que les immeubles domaniaux affectés à un service public; une seconde ordonnance royale du 20 juillet 1835[1], dans le but d'assurer la publication d'un travail plus complet, s'est occupée des propriétés domaniales non affectées à un service public.

Elle prescrit que « les propriétés immobilières appartenant au domaine de l'État, et qui ne sont pas affectées à un service public, seront ajoutées au tableau général des propriétés immobilières de l'État affectées à un service public, dont l'affectation a été prescrite par l'article 9 de la loi du 31 janvier 1833. »

N'est-ce pas proclamer l'identité de nature entre les bâtiments affectés et ceux non affectés aux services publics? N'est-ce pas dire que les uns et les autres sont, au même titre, *propriétés immobilières de l'État?* N'est-ce pas dire que les uns et les autres font également partie *du domaine de l'État*, c'est-à-dire du domaine privé de l'État?

Les propriétés affectées aux services publics sont appelées *propriétés immobilières de l'État.* Les propriétés non affectées sont dites *propriétés immobilières appartenant au domaine de*

notre ministre de la guerre, un état particulier, lequel devra être annexé au tableau général indiqué par l'article 2 ci-dessus, et ne contiendra que l'estimation approximative de la valeur intrinsèque des matériaux et des terrains. »

[1] Ordonnance du 20 juillet 1835. — « Vu l'article 9 de la loi du 31 janvier 1833, ordonnant la formation et le dépôt aux Chambres d'un tableau de toutes les propriétés immobilières de l'Etat qui sont affectées à un service public quelconque; considérant qu'il importe au gouvernement et aux Chambres de posséder l'inventaire complet, non-seulement des propriétés immobilières de l'Etat affectées à un service public, mais encore de celles qui ne sont pas affectées, et de connaître les changements qui surviendront annuellement dans cette partie importante de la fortune publique : — ART. 1er. Les propriétés immobilières appartenant au domaine de l'Etat et qui ne sont pas affectées à un service public seront ajoutées au tableau général, dont la formation a été prescrite par l'article 9 de la loi du 31 janvier 1833. — ART. 2. Les changements qui surviendront chaque année dans ce tableau général, par addition ou distraction, seront indiqués dans des tableaux supplémentaires, lesquels seront insérés, par les soins de notre ministre des finances, au compte général de l'administration des finances. »

l'État. Il est impossible de reconnaître plus complétement que ces choses ont le même caractère domanial. Il est impossible de mieux montrer qu'il n'existe entre elles, en principe et sauf textes spéciaux contraires, d'autre différence que celle même de leur affectation sans que cette circonstance engendre aucune conséquence juridique et légale autre qu'une gestion nouvelle.

155. En exécution des dispositions qui précèdent (loi de 1833, ordonnance d'octobre 1833 et ordonnance de juillet 1835), le gouvernement a publié et fait distribuer aux Chambres au cours de l'année 1836 le travail prescrit.

Cette publication considérable, qui forme un volume in-4° de près de 500 pages, porte le titre suivant : ETAT DES PROPRIÉTÉS IMMOBILIÈRES APPARTENANT A L'ETAT.

C'est la suite et la réalisation de l'idée que nous dégagions tout à l'heure des loi et ordonnances de 1833 et 1835. En réunissant les immeubles affectés et ceux non affectés à un service public dans un même travail, sous une même rubrique, sous la dénomination commune de PROPRIÉTÉS APPARTENANT A L'ETAT, le gouvernement, d'accord avec les auteurs de la loi du 31 janvier 1833, a résolu la question de classement des édifices publics dans le sens de l'assimilation entre ceux affectés et ceux non affectés aux services publics. Il a reconnu qu'ils appartenaient tous, sauf les exceptions écrites dans un texte spécial, au *domaine privé de l'Etat* ou *domaine de l'Etat proprement dit*.

En un mot, c'est dire, sous une autre forme, que l'affectation à un service public ne change pas le caractère domanial des immeubles qui en sont l'objet.

L'harmonie est complète entre le texte et l'esprit du décret du 24 mars 1852 d'une part, et des loi et ordonnances de 1833 et 1835 d'autre part. C'est la même idée qui se produit sous un aspect différent. La pratique législative et gouvernementale, attestée par cette grande opération accomplie au cours des années 1833, 1834, 1835 et 1836, vient confirmer toutes les constatations déjà faites.

156. Nous pourrions nous arrêter dans cet ordre d'idées. L'argument qui résulte des textes et des faits que nous venons d'exposer est aussi précis que décisif. Mais il n'est pas inutile,

dans une monographie consacrée au classement des édifices publics, de jeter les yeux sur la publication officielle de 1836 pour la considérer en elle-même.

Il est intéressant de voir combien est grand le nombre des bâtiments domaniaux affectés au service de l'Etat, combien est importante la valeur qu'ils représentent dans la fortune publique de la France. Même au point de vue de la question de classement de ces édifices, on peut tirer de cette publication d'utiles enseignements, en voyant par leur nombre et leur valeur quelle exagération de puissance compréhensive la doctrine opposée donnerait à la domanialité publique et par suite au privilége de l'indisponibilité et de l'imprescriptibilité.

Nous devons toutefois faire observer que *l'état des propriétés immobilières appartenant à l'Etat* remonte à près de trente années, puisqu'il représente la situation existante au 1er juillet 1835. Il ne représente donc pas exactement l'état actuel de cette portion de la fortune publique. Des variations nombreuses se sont produites dans les besoins des services et dans les affectations. Chaque année, aux termes de l'article 2 de l'ordonnance du 20 juillet 1835 [voir n° 154, note], des états partiels indiquant ces changements sont centralisés au ministère des finances, mais aucune publication, à notre connaissance, n'en a été faite par le gouvernement.

C'est sous le bénéfice de cette observation, et seulement au point de vue de l'ensemble, que la publication de 1836, dans sa partie relative aux immeubles affectés à un service public, continue à présenter de nos jours un incontestable intérêt.

157. On y voit figurer les bâtiments les plus divers, par l'affectation dont ils sont l'objet et par leur importance intrinsèque. Mais ils présentent tous ces deux circonstances : 1° d'être une propriété de l'Etat ; 2° d'être affectés à un service public de l'Etat.

Voici le résumé de ce tableau général, se composant de 8,778 articles, d'une valeur approximative de près de 540 millions de francs :

7 à	la Chambre des pairs (actuellement le Sénat), évaluées à.....	6,348,393 francs.
1 à	la Chambre des députés (actuellement Corps législatif), évaluée à.....	8,450,000
	A reporter.	14,798,393 francs.

	Report.	14,798,393 francs.
363	au ministère de la justice et des cultes, évaluées à.....	39,926,373
3	aux affaires étrangères, évaluées à.....	2,951,492
11	à l'instruction publique, évaluées à.....	28,625,343
1,776	à l'intérieur, évaluées à.....	57,578,423
59	au commerce, évaluées à.....	22,392,182
5,199	à la guerre, évaluées à.....	205,441,309
281	à la marine, évaluées à.....	125,944,099
1,078	aux finances, évalués à.....	38,439,160
8,778		536,096,774 francs.

158. Parmi les immeubles affectés au *ministère de la justice et des cultes* (ministères réunis aujourd'hui comme ils l'étaient en 1833), on voit figurer dans l'état : des palais épiscopaux, grands et petits séminaires, l'hôtel de la chancellerie et celui du ministère ou des bureaux ; le grand et le petit hôtel Molé pour le Conseil d'Etat, ses archives et ses bureaux, les bâtiments et cours de l'imprimerie impériale ; la partie du Palais de justice affectée aux audiences de la Cour de cassation, la Chambre du conseil, la bibliothèque, les greffes, le vestiaire et les logements.

159. D'après l'état, le *ministère des affaires étrangères* comprend seulement trois articles : l'hôtel de Wagram affecté aux appartements du ministre et aux bureaux du ministère ; l'hôtel des Archives affecté aux archives et au logement de l'employé supérieur auquel la garde en est confiée ; l'hôtel de la Reynière consacré à l'ambassade de Russie.

160. Le *ministère de l'instruction publique* compte le palais de l'Institut avec ses dépendances, le Collége de France, le Muséum d'histoire naturelle et dépendances, l'Observatoire de Paris, l'Observatoire de Marseille, la Bibliothèque impériale de la rue de Richelieu, la Bibliothèque de l'Arsenal, la Bibliothèque Sainte-Geneviève, etc., etc.

161. Le *ministère de l'intérieur* compte les objets les plus divers : 1° les deux hôtels situés rue de Grenelle-Saint-Germain, à Paris, consacrés alors au logement du ministre et des bureaux, actuellement transférés depuis deux ans dans plusieurs hôtels situés rue de la Ville-Lévêque. 2° Des Ecoles : l'Ecole des ponts et chaussées, l'Institution des sourds et muets à Paris, l'Institution des sourds et muets à Bordeaux, l'Ecole gratuite de dessin et

de mathématiques à Paris, l'Académie de peinture et de sculpture à Rome. 3° Des édifices se rattachant aux arts : le théâtre de l'Académie impériale de musique, l'édifice servant pour le matériel de l'Opéra, pour le gazomètre et l'Ecole de danse (rue Richer), le théâtre Favart ou des Italiens, le Conservatoire de musique, le théâtre de l'Odéon, l'Ecole impériale des beaux-arts. 4° Des monuments d'art, tels que la Maison carrée, les Arènes, le temple de Diane et la tour Magne à Nîmes. 5° Un grand nombre d'articles (1,676), tels que logements d'éclusiers, de passeurs de bacs, de garde-ponts, de receveurs de la navigation, de cantonniers; logements et bureaux des officiers de port; magasins d'outils et matériaux; des terrains pour extraction de sable et matériaux. 6° Des prisons : les maisons centrales de détention.

162. Le *ministère du commerce* compte, d'après cet état, l'hôtel du ministère, les lazarets et dépendances, les bains thermaux et dépendances, tels que bâtiments, cours, jardins et dépendances, les Ecoles et Conservatoires d'arts et métiers, les bergeries impériales de Rambouillet et de Perpignan, les haras et dépôts d'étalons, tels que bâtiments avec cours, jardins, prés, vignes et terres labourables.

163. Les immeubles domaniaux affectés aux services du *ministère de la guerre* (et dont une partie notable rentre dans l'exception établie aux numéros 79 à 83) sont répartis entre le ministère, les bureaux de la guerre, la bibliothèque, les archives de l'Ecole d'état-major, les Ecoles militaires de la Flèche et de Saint-Cyr, l'Ecole polytechnique, l'Ecole d'application de Metz, l'hôtel des Invalides à Paris et la succursale d'Avignon, vingt-quatre directions du génie militaire, le dépôt d'artillerie à Paris, huit écoles d'artillerie, neuf établissements pour les manufactures d'armes, les trois fonderies de Douai, Toulouse et Strasbourg, vingt-huit directions d'artillerie, l'administration des poudres et salpêtres.

164. Le *ministère de la marine* comprend l'hôtel du ministère de la marine, l'hôtel du dépôt des cartes et plans, les forges de la Chaussade, les fonderies de Nevers, Saint-Gervais et Ruelle, l'usine d'Indret pour la fabrication des machines à vapeur et le chantier des constructions navales; dans les arrondissements et sous-arrondissements maritimes, arsenaux, hôpitaux, casernes,

archives, hôtels de préfecture, magasins, logements des administrateurs de la marine, poudrières, jardins botaniques, bibliothèques, écoles d'hydrographie, observatoires, carrières, bagnes, jardins, prés et terres, etc.

165. Le *ministère des finances* comprend l'hôtel du ministère et des bâtiments servant de magasin pour les imprimés destinés à l'administration des contributions indirectes, l'hôtel des caisses d'amortissement et des dépôts et consignations, l'hôtel de l'administration de l'enregistrement et des domaines et une maison servant pour le dépôt du mobilier de l'Etat à vendre par suite de réforme, 441 logements de gardes des forêts, 555 articles de logements et bureaux pour les douanes, 35 articles pour l'administration des contributions indirectes ; les édifices de l'administration des tabacs pour la manutention des feuilles, la fabrication des tabacs et le logement des employés ; des hôtels pour l'administration des postes ; des hôtels des monnaies, dont le seul hôtel de Paris est évalué dans l'état à 5,763,330 francs ; le palais de la Cour des comptes.

166. Cette nomenclature résumée, et dont le développement se trouve dans la volumineuse publication de 1836, explique le chiffre de 536 millions auquel était évalué alors, il y a trente ans, cet élément de la fortune publique, qui sans doute aujourd'hui s'est encore beaucoup accru.

C'est toute cette masse de richesse nationale que la doctrine contraire placerait dans le domaine public, inaliénable et imprescriptible, tandis que nous n'y admettons que celles de ces choses qu'un texte spécial y place exceptionnellement ! Encore faudrait-il y ajouter, d'après nos contradicteurs, les édifices publics départementaux et communaux, dont le nombre et la valeur ne sont pas moindres, et auxquels la publication de 1836 a dû rester étrangère !

Nous avons montré que le législateur de 1833 lorsqu'il a prescrit ce vaste travail, le gouvernement lorsqu'il l'a réalisé en 1833, 1835 et 1836, ont considéré l'un et l'autre qu'affectés ou non à un service public, tous les bâtiments appartenant à l'Etat ont, en principe, le même caractère domanial. En les réunissant dans un même tableau, sous les mêmes dénominations, la pratique législative et gouvernementale a nié entre eux toute différence de nature juridique et légale.

TROISIÈME SECTION.

Justification de la théorie de la loi.

167. Objet de la section.
168. Enumération des principaux mérites de la loi au point de vue rationnel, au nombre de cinq.
169. I. La conservation des bâtiments affectés à un service public est suffisamment protégée sans la domanialité publique ; renvoi.
170. II. L'affectation d'un bâtiment à un service public n'est qu'un mode de jouissance, comme la location elle-même.
171. III. L'affectation d'un bâtiment à un service public ne produit aucune modification dans l'état matériel de l'immeuble.
172. IV. L'affectation d'un bâtiment à un service public produit des avantages pécuniaires comme la location.
173. En général, les dépendances du domaine public sont improductives.
174. De nombreux bâtiments domaniaux sont, au contraire, affectés à des services publics productifs.
175. Ceux affectés à des services publics non productifs de revenus n'en constituent pas moins une ressource appréciable en argent.
176. Réfutation d'une objection tirée de la loi du 3 frimaire an VII sur la contribution foncière.
177. Opinion conforme de MM. Macarel et Boulatignier.
178. Conséquence.
179. Résumé de ces trois derniers points.
180. V. Nécessité d'éviter les abus de la mainmorte et de l'indisponibilité.

167. Nous avons établi sur les dispositions de la loi civile et des lois administratives les plus diverses l'exclusion du domaine public (en principe et sauf un texte spécial contraire) des bâtiments affectés à un service public national, départemental ou communal. Il nous reste, dans ces dernières pages, à justifier, au point de vue rationnel, cette proposition désormais acquise, « que l'affectation à un service public ne fait point passer un bâtiment du domaine privé dans le domaine public de la commune, du département ou de l'Etat. »

C'est la justification de la loi elle-même que nous abordons ainsi, en nous demandant pourquoi elle n'a pas attaché à l'affectation d'un bâtiment à un service public ce grave effet d'en transformer la nature légale, le caractère domanial? La défense de cette illustre cliente, la défense de la loi, telle que nous l'avons comprise et telle que nous l'avons exposée, nous semble très-facile. C'est en pleine sécurité de conscience que, sortant de la sphère de l'interprétation pour poser la question sur le

terrain purement rationnel, spéculatif et philosophique, nous n'hésitons pas à dire que la loi, telle qu'elle est, est une loi bonne et sage.

168. Nous avons déjà dit que la domanialité publique n'est pas nécessaire à la conservation des édifices publics ; mais ce n'est pas seulement l'absence d'un vice qui constitue le mérite de la loi ; elle présente des avantages réels qui forment sa raison d'être et sont sa justification.

Cinq considérations principales viennent à l'appui de la loi.

La première, déjà signalée, se fonde sur la conservation des édifices publics suffisamment garantie sans la domanialité publique.

La seconde est tirée de la nature même de l'affectation à un service public, qui n'est autre chose qu'un mode de jouissance du bâtiment.

La troisième, de l'absence d'effets produits dans l'état matériel des bâtiments par leur affectation aux services publics.

La quatrième, des avantages pécuniaires que procure à l'Etat, aux départements et aux communes l'affectation à un service public des bâtiments dont ils sont propriétaires.

La cinquième repose sur la nécessité de restreindre les abus de la mainmorte et de l'indisponibilité.

Nous allons successivement exposer ces cinq points.

169. I. Nous avons déjà fait la première partie de cette démonstration lorsque, dans le chapitre 1er, consacré à exposer, sous les différents aspects qu'il revêt, l'intérêt attaché au classement domanial des édifices publics, nous avons établi [n° 16] que l'article 257 du Code pénal est également applicable aux édifices affectés à un service public, qu'ils fassent ou non partie du domaine public. Nous avons alors montré [nos 13, 14, 15 et 17] que l'intérêt social de conservation de ces édifices reçoit de la loi une protection suffisante, sans qu'il soit nécessaire d'y joindre les priviléges exceptionnels dérivant de la domanialité publique.

Nous n'avons rien à ajouter à cette démonstration déjà faite de l'absence de dangers qui seraient inhérents au système de la loi. Le lecteur voudra bien s'y reporter.

170. II. La loi des 23-28 octobre-5 novembre 1790 dispose (tit. II, art. 1er) que l'administration est tenue d'affermer tous les

immeubles du domaine de l'Etat qui ne sont point affectés à un service public. Tel est le principe général de gestion des biens du domaine.

Il en résulte qu'il existe pour les bâtiments appartenant à l'Etat deux modes d'emploi : la location ou l'affectation à un service public.

Il en est de même pour les départements et les communes, et la règle doit leur être étendue.

Le bail et l'affectation à un service public forment pour l'Etat, le département et la commune, les deux modes de jouissance de leurs bâtiments.

L'affectation à un service public n'est donc qu'un mode particulier de jouissance des bâtiments nationaux, départementaux et communaux. Ceux de ces bâtiments qui sont loués et ceux ainsi affectés forment un même élément domanial, que la personne morale propriétaire a soumis à deux modes distincts de jouissance, sans qu'il y ait d'autre différence entre ces deux classes de bâtiments.

Il n'est pas naturel, en effet, qu'un simple mode de jouissance produise une transformation dans la nature légale de la chose ; et c'est certainement un des motifs pour lesquels le décret du 24 mars 1852 a déclaré « que l'affectation d'un immeuble à un service public n'altère en rien son caractère domanial. »

171. III. L'affectation d'un bâtiment à un service public ne produit dans l'état physique, dans l'aspect matériel du bâtiment, aucun changement ; il est logique d'en conclure que cette affectation ne produit non plus aucune modification dans la nature juridique et légale de l'édifice.

Tous les bâtiments nationaux, départementaux et communaux, affectés ou non à des services publics, se ressemblent à peu de chose près ; les uns et les autres sont des maisons, des magasins, des constructions de différente nature, semblables entre elles, semblables à celles qui appartiennent aux citoyens. C'était un grave motif de laisser les uns et les autres également soumis au droit commun de la propriété privée ; la loi trouve donc encore dans cette considération nouvelle sa raison d'être et sa justification.

Nous avons déjà dit plus haut [n° 72] comment, sous ce même

rapport, les bâtiments affectés à un service public se distinguent de toutes les dépendances du domaine public, dont l'un des caractères distinctifs est de se révéler comme impropres par leur nature physique à l'appropriation privée, tandis que les bâtiments affectés à un service public en sont au contraire parfaitement susceptibles.

Lorsque le bâtiment de l'Etat, du département ou de la commune vient à passer d'un mode de jouissance à l'autre, d'une location à une affectation de service public, puisque rien ne révèle suffisamment dans l'état matériel de l'immeuble la transformation qui aurait pour conséquence de le rendre, de domaine privé domaine public, d'aliénable inaliénable, de prescriptible imprescriptible, c'était encore un motif décisif de lui laisser son caractère domanial primitif.

172. IV. A ces trois premiers motifs on doit en joindre un quatrième, qui vient également justifier, au point de vue rationnel, le principe de la loi, mais comporte plus de développements.

Ce quatrième motif découle de cette circonstance, que les bâtiments affectés aux services publics procurent à l'Etat, aux départements et aux communes, des avantages pécuniaires équivalents à ceux de leurs bâtiments dont ils jouissent par voie de location.

173. L'un des caractères sinon nécessaires, du moins ordinaires, des dépendances du domaine public est qu'elles sont improductives ; telles sont les routes, les rivages de la mer, etc.

Il y a quelque chose d'antipathique, dans une certaine mesure, sauf de rares exceptions, entre la domanialité publique et l'exploitation pécuniaire ou la production de revenus.

Un grand nombre de bâtiments domaniaux affectés à des services publics rapportent, au contraire, des produits versés dans les caisses de l'Etat. L'imprimerie impériale, les bâtiments consacrés à l'administration des tabacs, et toutes les manufactures et usines appartenant à l'Etat, sont dans ce cas. C'était certainement un motif déterminant de classer tous ces bâtiments dans le domaine privé de l'Etat, à l'exclusion du domaine public.

Quoi qu'on en puisse dire, les produits des manufactures de l'Etat ne forment pas des accessoires de la chose, et la comparaison de l'herbe qui pousse sur les remparts des places de

guerre avec les deux cents et quelques millions que produit par an la fabrication des tabacs dans les mains de l'Etat ne peut avoir rien d'exact.

174. Dans le domaine départemental et dans le domaine communal, il existe aussi des bâtiments affectés à des services publics qui peuvent être une source de produits.

Cette circonstance a paru si grave à l'un des auteurs que nous combattons, que par ce seul motif il a excepté les théâtres de la dévolution qu'il fait au domaine public de la généralité des édifices publics.

« Il en est autrement, dit M. Foucart (t. III, n° 1655), pour les théâtres, qui ont aujourd'hui perdu leur caractère d'établissements publics, lors même qu'ils appartiennent aux communes, *parce qu'elles en font un objet d'exploitation*. Ils ne sont exceptés ni de la contribution foncière ni de celle des portes et fenêtres (Cons. d'Etat, 26 août 1846, ville de Toulon). »

Pour être logique, il faut nécessairement appliquer ce que cet auteur dit des théâtres à tous bâtiments affectés à des services publics, qui rapportent un revenu direct et effectif versé soit dans la caisse municipale, soit dans celle du département, soit dans celle du Trésor public.

175. Si, de ces édifices consacrés à des services publics productifs, on passe aux édifices consacrés à des services publics non productifs de revenus, une observation attentive donne la conviction qu'entre les uns et les autres la différence est plus apparente que réelle. Les bâtiments affectés à des services publics non productifs n'en sont pas moins pour l'Etat, le département ou la commune qui les possèdent, une ressource importante, très-facilement et très-sérieusement appréciable en argent.

Si l'Etat n'était pas propriétaire des hôtels des ministères, si le département ne possédait pas son hôtel de préfecture ou ses hôtels de sous-préfecture (loi du 10 mai 1838, art. 12, n° 3), si la commune ne possédait pas un hôtel de ville ou maison commune (loi du 18 juillet 1837, art. 30, n° 1), ils seraient contraints de prendre des immeubles en location pour les affecter à ces services. Il est donc très-vrai de dire, sans imiter en rien un personnage célèbre de notre scène comique, que si ces bâtiments ne produisent aucun revenu effectif, ils n'en augmentent

pas moins les ressources de l'Etat, du département et de la commune, puisque leur possession affranchit ces personnes morales de dépenses *obligatoires* que la loi leur impose. En un mot, ces bâtiments produisent comme bénéfice annuel ce que coûteraient chaque année de prix de bail les immeubles que l'Etat, le département et la commune eussent été contraints de louer pour y installer ces divers services.

176. On pourrait objecter contre cette manière de voir la distinction, entre les domaines nationaux non productifs qui ne doivent pas être cotisés et les domaines nationaux productifs qui doivent être cotisés, faite par les articles 105, 106, 107 et 108 de la loi du 3 frimaire an VII, relative à la répartition, à l'assiette et au recouvrement de la contribution foncière.

L'objection ne serait pas fondée. En présence de l'article 105, qui classe parmi les domaines nationaux de la première catégorie, même les *magasins* appartenant à l'Etat, on demeure convaincu que cette loi n'a aucune influence, ni sur le classement domanial des bâtiments nationaux, ni sur le caractère de ressources que nous soutenons leur appartenir.

On doit aussi faire remarquer la différence d'expressions qui existe entre l'article 103 de la même loi, d'après lequel « les rues, les places publiques servant aux foires et marchés, les chemins vicinaux et les rivières *ne sont point cotisables;* » et l'article 105, d'après lequel « les domaines nationaux non productifs et réservés pour un service national... ne seront portés aux états de section et matrices des rôles que pour mémoire ; *ils ne seront point cotisés.* » La loi fiscale elle-même ne place pas sur la même ligne les voies publiques, dépendances du domaine public, et les édifices nationaux *réservés pour un service national* et qu'elle considère comme improductifs.

Enfin, pour écarter tout argument en faveur de la domanialité publique fondé sur cette dispense de contribution foncière, il suffirait de faire observer qu'aux termes de la loi du 19 ventôse an IX, art. 1er, les bois et forêts de l'Etat sont exemptés de la contribution foncière. Or, il n'est venu à l'esprit de personne de soutenir, ni que les bois et forêts de l'Etat fissent partie du domaine public, ni qu'ils fussent improductifs. Il suffirait, pour réfuter une pareille hérésie, de jeter les yeux sur une loi de finances pour voir qu'ils forment de beaucoup le principal pro-

duit du domaine de l'Etat, évalué au budget ordinaire de l'exercice 1864 à près de 40 millions.

177. L'idée d'après laquelle les édifices nationaux, départementaux et communaux, affectés à des services publics non productifs de revenus, doivent être cependant considérés comme une ressource procurant des avantages pécuniaires, a été également professée par les savants auteurs du *Traité de la fortune publique*, au numéro 80 de leur ouvrage.

Ce numéro se trouve placé dans la section consacrée « aux immeubles qui font partie du domaine de l'Etat proprement dit. » Elle est divisée en deux parties consacrées, l'une aux « immeubles affectés à un service public, » et l'autre aux « immeubles qui ne sont pas affectés à un service public. »

C'est en traitant des premiers que MM. Macarel et Boulatignier, au numéro 80, s'expriment de la manière suivante :

« Les immeubles affectés en France aux services publics présentent une assez grande variété. En effet, ces immeubles ne sont pas seulement des édifices où les fonctionnaires publics viennent remplir leurs fonctions, ou qui sont destinés à leur habitation ou à recevoir des dépôts de matières appartenant à l'Etat; il y a encore parmi eux des usines, par exemple des forges, des fonderies, des ateliers de machines pour le service de la guerre et de la marine; puis des biens ruraux, des terres, des bois, et spécialement des haras et leurs dépendances.

« Nous faisons figurer les immeubles affectés à un service public parmi les ressources de l'Etat, bien que généralement on ne les considère pas ainsi, et que certaines personnes inclinent plutôt à les classer parmi les dépenses publiques. Mais il nous semble qu'on ne saurait contester que ces immeubles tendent à diminuer la somme des dépenses de l'Etat; car s'il ne les possédait pas, il serait obligé d'en prendre à location pour les services auxquels ils sont affectés : c'est ce qui a lieu dans plusieurs administrations.

« D'ailleurs, parmi les immeubles affectés à un service public il en est qui rapportent des produits d'une importance diverse qui sont versés dans les caisses de l'Etat : tels sont, par exemple, les bergeries royales, les haras et dépôts d'étalons, les écoles d'arts et métiers, les écoles vétérinaires, l'imprimerie royale, les bâtiments affectés à l'administration des tabacs, et

jusqu'aux archives du royaume et aux deux dépôts de la marine et de la guerre. »

Ainsi MM. Macarel et Boulatignier ne classent pas seulement, comme nous, les édifices publics dans le domaine privé de l'Etat; ils soutiennent, en outre, comme nous, de la façon la plus formelle, que ces édifices doivent tous figurer parmi les ressources pécuniaires de la personne morale qui les possède.

178. Cette idée, que les bâtiments affectés aux services publics procurent des avantages pécuniaires à l'Etat, aux départements et aux communes, se trouve ainsi démontrée. Ces avantages pécuniaires consistent, tantôt en produits réels qui entrent dans la caisse publique, tantôt en économies portant sur des dépenses de location, que la loi ou la nature des choses oblige l'État, les départements et les communes à faire pour pourvoir à leurs services publics, lorsqu'ils n'y affectent pas des bâtiments dont ils ont la propriété.

Il est donc vrai de dire que les bâtiments affectés aux services publics se rapprochent des autres bâtiments appartenant à l'Etat, aux départements ou aux communes, non-seulement par leur ressemblance matérielle, mais encore par les avantages pécuniaires ou directement appréciables en argent qu'ils procurent.

La location et l'affectation à un service public produisent ainsi, pour la personne morale propriétaire d'un bâtiment, des conséquences de même nature. Dans un cas comme dans l'autre, l'effet est le même; l'Etat, le département ou la commune propriétaires trouvent une ressource budgétaire dans l'un comme dans l'autre de ces deux modes de jouissance, aussi bien dans l'emploi de leurs bâtiments par voie d'affectation à un service public, que dans leur emploi par voie de location.

Cette sorte de ressemblance était encore pour le législateur un puissant motif de placer également dans le domaine privé tous les bâtiments domaniaux affectés ou non à un service public.

179. En résumé, sur ces trois derniers points, l'affectation à un service public n'est qu'un mode de jouissance d'un édifice domanial, comme la location elle-même; il est donc rationnel que l'un et l'autre produisent les mêmes effets légaux, n'altèrent en rien le caractère domanial de l'immeuble et le laissent dans le domaine privé. Cela est d'autant plus rationnel, que l'affecta-

tion à un service public ne produit pas plus que la location de modification dans l'état matériel de l'immeuble soumis à ce mode d'emploi, et que les avantages qu'en retire la personne morale propriétaire, constituent, comme au cas de location, une ressource budgétaire.

180. V. Il est enfin une dernière idée qui, au terme de notre œuvre, doit trouver ici sa place pour achever, au point de vue rationnel, la justification que nous avons entreprise.

Notre législation moderne, sortie de la Révolution française et s'inspirant des nouveaux principes de droit public édifiés sur les ruines de l'ancien régime, a voulu, tout en laissant subsister en France la mainmorte, en diminuer les dangers, les abus, les priviléges. Telle fut la pensée des grandes Assemblées de la Révolution, qui poursuivirent même à certaines heures un but plus radical. Telle fut assurément l'idée qui inspirait les législateurs du Consulat, lorsqu'ils écrivirent dans le Code Napoléon l'article 2227, destiné à soumettre la propriété de mainmorte aux mêmes prescriptions que la propriété privée aux mains des particuliers. Ce même esprit n'a pas cessé, que nous sachions, d'animer les législatures qui se sont succédé depuis le commencement du siècle et auxquelles sont dues les lois administratives étudiées dans ce travail.

Ainsi le législateur n'a pas voulu que l'inaliénabilité et l'imprescriptibilité fussent inhérentes à la mainmorte.

Sans la proscrire d'une manière absolue, il n'a voulu admettre exceptionnellement l'indisponibilité que pour les dépendances du domaine public, confié aux gens de mainmorte dont l'existence est indissolublement unie à l'organisation même du pays, l'Etat, le département et la commune. Même pour eux, il en a fait un privilége, une exception au droit qui les régit.

Or, s'il est vrai que toute exception doit être restreinte, que tout privilége est de droit étroit, c'est surtout en pareille matière. Alors surtout qu'il n'existe aucun péril sérieux, aucun danger social, et que les édifices publics trouvent ailleurs une sauvegarde suffisante ! Alors surtout que la plupart des constructions les plus importantes, les citadelles et les murs des places de guerre, dans l'intérêt de la défense nationale, les églises, dans l'intérêt religieux, les palais, châteaux et musées du domaine de la couronne, à raison même de leur destina-

tion, ont reçu de textes spéciaux cette garantie exceptionnelle de l'indisponibilité.

Le législateur n'a pas voulu la prodiguer à cette masse énorme d'édifices nationaux, départementaux et communaux répandus sur toute la surface du territoire.

A la généralité de ces édifices, le législateur a préféré appliquer le droit commun de la propriété de mainmorte. Il a proscrit l'abus de l'indisponibibité ; il a voulu l'enfermer dans les limites les plus étroites, et nous ne saurions trop applaudir à cette pensée du législateur, qui méritait bien par son importance particulière de clore cette monographie [1].

TH. DUCROCQ,
Professeur de droit administratif à la Faculté de Poitiers.

(*La suite au prochain numéro.*)

[1] Ces pages étaient déjà imprimées lorsqu'est survenue la loi nouvelle du 14 mai 1864, sur les ventes domaniales. Quoique cette loi ne mentionne pas les édifices domaniaux affectés à un service public, ses dispositions peuvent exercer quelque influence sur leur situation juridique, sans toutefois altérer le caractère domanial que leur reconnaît la présente monographie. Un neuvième chapitre, en forme d'*Appendice*, sera consacré à l'examen de la loi du 14 mai 1864, dans ses rapports avec les édifices domaniaux affectés à un service public national.

DE L'ESCLAVAGE CHEZ LES ROMAINS.

(Suite et fin.)

CHAPITRE III.

ACTIONS QUI NAISSAIENT A PROPOS DE L'ESCLAVAGE.

A. Dans une société où règne l'esclavage, il s'élève souvent des procès sur la question de savoir si tel ou tel individu est libre ou esclave. Ces procès portent sur une grave question d'état, et à Rome ils s'appelaient *causæ liberales*.

Tantôt un individu qui avait la possession d'état d'homme libre était revendiqué comme esclave, soit par un prétendu maître, soit par quelqu'un qui réclamait un droit réel, comme l'usufruit; tantôt à l'inverse, celui qui avait la possession d'état d'esclave se prétendait libre; dans le premier cas, on disait : *ex libertate in servitutem vindicatur;* dans le second, *ex servitute in libertatem vindicatur*.

Un principe de procédure domina la législation romaine jusqu'au temps de Justinien. Celui dont on agitait la question d'état d'homme libre ou d'esclave devait être représenté en justice par un *adsertor libertatis*, par un champion de la liberté; il ne pouvait plaider lui-même la *causa liberalis*[1].

Des auteurs ont voulu distinguer entre le cas où un esclave se prétendait libre et celui où un individu libre en fait était revendiqué comme esclave; dans le premier cas, ils admettent bien la nécessité d'un *adsertor libertatis*, parce que l'esclave objet du litige ne pouvait être demandeur; mais, dans le second cas, celui qui était en possession de la liberté ne pouvait être traité comme la chose litigieuse; et puis, que serait-il arrivé, si l'homme libre revendiqué comme esclave n'eût point trouvé un *adsertor*[2] ?

[1] Gaïus, Comm. IV, § 14; Paul, *Sentences*, liv. V, tit. I, § 5; Martial, *Epig.*, I, 53.

[2] Voir Etienne, *Institutes expliquées*, 2e vol., p. 363 et la note; Bonjean (*Traité des actions*, t. II, p. 253), est moins affirmatif.

Mais du moment où un individu jouissant de la possession d'état d'homme libre voyait son état contesté, il devenait l'objet du litige, et, en conséquence, il ne pouvait être lui-même défendeur; aussi d'autres auteurs n'admettent pas cette distinction et enseignent que, dans tous les cas, la présence de l'*adsertor* était nécessaire[1].

On objecte que l'individu homme libre en fait pouvait ne pas trouver d'*adsertor*, mais il devait rencontrer dans sa famille des personnes prêtes à plaider pour lui; on voit même[2] que si un individu *in possessione servitutis* ne voulait pas se plaindre, « *quod forte sibi suoque generi vellet aliquam injuriam inferri,* » son père, qu'il eût la puissance paternelle ou non, qu'il fût père légitime ou naturel, pouvait agir pour le fils : « *quia semper parentis interest filium servitutem non subire,* » et il le pouvait même s'il avait vendu son fils comme esclave[3]; les fils pouvaient prendre fait et cause pour leurs pères : « *neque enim modica filii ignominia est, si parentem servum habeat.* » Les cognats avaient également ce droit : « *Quoniam servitus eorum ad dolorem nostrum injuriamque nostram porrigitur.* »

Les militaires, la mère, les sœurs, la femme, qui ordinairement ne pouvaient postuler pour autrui, avaient le droit d'aller trouver le préteur et de lui faire connaître la situation de cet homme libre, qui, en fait, était esclave. Le magistrat avisait *causa cognita*. Le patron pouvait prendre la défense de l'affranchi. Si plusieurs de ces personnes se présentaient, le préteur faisait son choix; s'il s'agissait même d'un *infans* ou d'un fou, elles pouvaient se poser *adsertores libertatis*.

Une constitution de Constantin, rendue en 322[4], prouve que l'*adsertor libertatis* était nécessaire pour celui dont on contestait la possession d'état d'homme libre : « *Si quis... libertate utentes,* » dit la constitution.

L'empereur, dans le *Principium*, rappelle l'ancienne formalité qui consistait à réclamer à haute voix un *adsertor*, avec cette formule : « *Ut qui comperissent velint asserere;* » il la traite d'absurde,

[1] Ducauroy, *Institutes expliquées*, 2e vol., n° 1226; Ortolan, *Institutes expliquées*, sur le paragraphe 13, liv. IV, tit. VI, *De actionibus*.

[2] Ulpien et Gaius, Digeste, *De liberali causa*, liv. XL, tit. XII, lois 1 à 6.

[3] Code, liv. VII, tit. XVI, loi 1.

[4] Code de Théodose, liv. IV, tit. VIII, loi 5.

et il y substitue la suivante : l'officier ou juge devant lequel le procès était pendant devait conduire l'individu dont l'état était litigieux dans toute sa province, avec des lettres adressées par le juge au président de la province dont cet individu était originaire, lettres dans lesquelles on réclamait un *adsertor*.

§ 1er. Si l'on ne pouvait trouver un *adsertor*, le revendiquant emmenait l'individu sur lequel il prétendait des droits, mais sans préjudice de tout débat ultérieur sur la question de savoir s'il était libre ou esclave. Si plus tard un *adsertor* se présentait, et que le litige ayant été engagé de nouveau, le revendiquant eût succombé, ce dernier, à titre de peine, devait remettre à l'individu déclaré libre un autre esclave : « *pari numero servorum,* » dit la constitution, en supposant que la revendication portât sur plusieurs individus. Les interprètes pensent que l'on devait remettre des esclaves du même âge et du même sexe que ceux revendiqués[1]. Quant aux enfants nés pendant le litige, ils n'étaient pas compris dans la revendication, et, dès lors, on ne payait aucun esclave pour eux.

§ 2. Si le revendiqué venait à mourir avant d'avoir obtenu un *adsertor* ou avant la sentence, ses héritiers pouvaient faire établir qu'il était libre et réclamer la peine ci-dessus indiquée.

Si le revendiquant mourait dans les mêmes circonstances, ses héritiers abandonnaient-ils leurs prétentions sur l'homme libre, ils étaient à l'abri de toute peine, sinon ils pouvaient être exposés aux mêmes peines que leur auteur.

§ 3. Les tuteurs ou curateurs des mineurs devaient être frappés de la peine, s'ils poursuivaient au nom du pupille ou du mineur et qu'ils vinssent à succomber.

§ 4. L'*adsertor* agissait à ses risques et périls, *periculo suo ;* il devait promettre *rem salvam fore,* c'est-à-dire que le revendiqué ne s'échapperait pas (nous verrons qu'il jouait le rôle de défendeur), de plus qu'il rapporterait le pécule et la valeur des services que l'esclave aurait rendus. Cette promesse était garantie par un fidéjusseur et constituait une *satisdatio.* De son côté, le revendiquant devait *satisdare* pour la peine à laquelle il pouvait être tenu.

Une fois l'instance constituée (*judicium liberale susceptum*),

[1] Voir Godefroy, Commentaires sur le code Théodosien.

l'*adsertor* ne devait pas abandonner la cause, et s'il le faisait, il était puni *extra ordinem* pour avoir voulu trahir la cause de la liberté ; un autre *adsertor* pouvait prendre le fait et cause de celui qui délaissait son mandat[1].

L'*adsertor*, agissant à ses risques et périls, devait être condamné aux dépens s'il succombait ; de plus, Constantin, en 332, frappa de peines sévères l'*adsertor* qui perdait son procès[2].

On comprend que l'on ne devait guère se soucier d'être *adsertor*.

En 393, les empereurs Théodose, Arcadius et Honorius permirent, dans certains cas, à un individu qui était revendiqué comme esclave de se défendre lui-même, sans le secours d'un *adsertor*.

Cette faveur fut accordée : 1° à celui qui, pendant vingt ans, avait eu la possession d'état d'homme libre ; 2° à celui qui avait été revêtu d'une charge publique ; 3° à celui qui avait figuré parmi les hommes libres (*in hominum celebritate*), en présence du prétendu maître qui n'avait alors élevé aucune réclamation[3].

Justinien alla plus loin : d'une manière générale, il supprima la nécessité d'un *adsertor*[4].

Dans sa constitution, Justinien dit expressément : « *Jubentes si quis vel adhuc serviens liberum se esse dixerit, vel in libertate commorans ad servitutem vocatus fuerit, adsertoris difficultatem in utroque casu cessare.* »

S'il pouvait y avoir des doutes après les constitutions insérées dans le Code de Théodose, ce dernier texte ferait cesser toutes les incertitudes. Justinien, en outre, permit à celui qui avait la possession d'état d'homme libre de se faire représenter par un procureur, et il l'interdit à celui qui était *in servitute* et se prétendait libre.

Cette réforme était favorable à la liberté. L'empereur la compléta en décidant que la personne qui combattait pour la liberté (*qui pro libertate periclitatur*) devait fournir un fidéjusseur ; mais si le juge voyait que cette *satisdatio* lui était impossible,

[1] Paul, *Sentences*, liv. V, tit. I, § 5.
[2] Code de Théodose, liv. IV, tit. VIII, loi 8.
[3] Code Théodosien, liv. IV, tit. VIII, loi 8.
[4] Code, liv. VII, tit. XVII, loi 1.

alors il pouvait se contenter du serment de la personne dont l'état était litigieux (*cautio juratoria*); cette personne prêtait serment de se représenter en justice et de subir la sentence avec ses conséquences.

B. Voyons actuellement quelles formes furent suivies pour le jugement des *causæ liberales*.

a. Sous l'empire des actions de la loi, on procédait *per sacramenti actionem*. Chacun des plaideurs, à l'origine, déposait entre les mains du pontife une somme d'argent. Le juge avait à décider si le *sacramentum* était *justum* ou *injustum;* mais pour arriver à la solution de cette question, il devait examiner les prétentions de chacune des parties; le *sacramentum* du demandeur était *justum* si ses prétentions étaient fondées; *injustum*, dans le cas contraire; de même du défendeur. Celui dont le *sacramentum* était *justum* le retirait, l'autre le perdait, et la somme servait aux sacrifices publics [1]. Le taux du *sacramentum* avait été fixé seulement à 50 as pour les controverses sur la liberté, quelle que fût la valeur de celui dont l'état était en question. Gaïus en donne les motifs [2], « *favoris causa ne satisdatione onerarentur adsertores.* »

Plus tard, les parties se contentèrent de promettre au pontife la somme fixée pour le cas où elles succomberaient; cette somme était garantie par une caution appelée *præs sacramenti*. Une fois le *sacramentum* consigné ou promis, l'*adsertor libertatis* prononçait devant le magistrat et en présence du prétendu maître la formule de la revendication. Il se servait d'une baguette (*vindicta*) dont il touchait l'esclave, et cette baguette représentait le javelot du soldat romain, symbole de la conquête qui était aux yeux du Romain un titre légime pour acquérir la propriété [3].

A qui incombait le fardeau de la preuve ? La loi des douze Tables avait décidé que la possession provisoire devait être adjugée en faveur de la liberté (*vindicias addicere secundum libertatem*), et Appius Claudius le décemvir fut chassé du pouvoir

[1] Varron, *De lingua latina*, v° SACRAMENTUM, liv. V.

[2] Comm. IV, § 14.

[3] Gaïus, Comm. IV, § 16, *Maxime sua esse credebant quæ ex hostibus cepissent.*

pour avoir violé cette règle ; c'était donc à celui qui soutenait que l'individu litigieux était esclave à faire la preuve de ses droits.

b. Sous l'empire de la procédure formulaire, il y eut d'abord, comme transition, la procédure *per sponsionem*, dont nous n'avons pas à nous occuper.

Mais la *causa liberalis* devint ensuite une action préjudicielle (*prejudicium*), c'est-à-dire qu'on soumit au juge la question de savoir si tel individu était libre ou esclave, sauf à tirer plus tard les conséquences légales de la décision qui pouvait intervenir. Elle nous apparaît ainsi dans les Institutes de Justinien [1], et probablement il en était de même du temps de Gaïus [2].

Mais à qui incombait le fardeau de la preuve ? A cette époque, par analogie de ce qui se passait pour la revendication d'un objet individuel, la possession d'état déterminait celui qui devait prouver. — Ulpien dit [3] : « Si quelqu'un, en fait esclave, se prétend libre, il sera obligé de jouer le rôle de demandeur, de prouver ; *si quis ex servitute in libertatem proclamat, petitoris partes sustinet.* » Au contraire, si quelqu'un, en fait libre, est revendiqué comme esclave, ce sera au revendiquant d'établir ses droits : « *Si vero ex libertate in servitutem petatur, partes actoris sustinet qui servum suum dicit.* »

Mais si la possession d'état est contestée, continue le jurisconsulte, comment procédera-t-on ? il répond : On examinera cette question préalable devant le juge qui doit connaître de la liberté. Si celui qui combat pour sa liberté a la possession d'état d'homme libre sans dol (*est in libertate sine dolo malo*), l'adversaire qui se porte demandeur devra prouver que l'esclave est à lui : « *Is qui se dominum dicit, actoris partes sustinebit et necesse habebit servum suum probare.* » Si au contraire il est établi qu'au moment du litige l'individu revendiqué comme esclave n'avait pas la possession d'état d'homme libre ou ne l'avait que par dol, celui qui combat pour sa liberté doit prouver qu'il est libre : « *Quod si pronunciatum fuerit eo tempore, quo lis præparabatur, in libertate eum non fuisse, aut dolo malo fuisse, ipse qui de sua libertate litigat, debet se liberum probare.* »

[1] Inst., liv. IV, tit. VI, § 13.

[2] Comm., IV, § 44 ; la formule ne contenait pas de *condemnatio*.

[3] Digeste, *De liberali causa*, liv. XL, tit. XII, loi 7, § 5.

c. Ces principes continuèrent d'être en vigueur sous la procédure *extra ordinem*.

C. Justinien réforma un principe de l'ancien droit favorable à la liberté.

La décision rendue entre l'*adsertor* et le prétendu maître avait force de chose jugée pour la personne déclarée libre ; son état ne pouvait plus être contesté par le même adversaire[1]. Au contraire, ceux qu'on déclarait exclus pouvaient revenir contre cette décision, et faire juger jusqu'à trois fois la même question. Justinien abolit cette faveur et décida que la chose jugée serait inébranlable, quelle que fût la solution : « *Illis legibus quæ dudum et secunda et tertia vice adsertorias lites examinari præcipiebant, in posterum conquiescentibus*[2]. »

Dans le cas où les juges étaient partagés, ou bien si les témoins pour ou contre étaient en nombre égal, l'avis favorable à la liberté devait l'emporter[3].

Quel était le sort des enfants nés d'une femme dont on contestait la liberté ? S'ils naissaient après la *litis contestatio*, ils suivaient le sort de leur mère ; s'ils naissaient avant, il fallait les mettre nominativement en cause[4].

Une question avait divisé les anciens jurisconsultes. Gaïus[5] suppose l'espèce suivante : Deux cohéritiers prétendent être copropriétaires du même esclave et agissent devant des juges différents. Primus triomphe, Secundus succombe : contre Primus, l'esclave est déclaré esclave, contre Secundus il est déclaré libre. Comment exécuter la sentence ?

Dans un premier système, la victoire de l'un profitera à l'autre. Si Secundus réclame ses droits de maître et qu'on lui oppose l'exception *rei judicatæ*, il répliquera que la chose a été jugée autrement en faveur de Primus : « *Consequens est ut cum idem petat, exceptioni rei judicatæ objiciatur replicatio.* »

Dans un second système, on reconnaît que le vaincu ne doit pas profiter de la victoire de son cohéritier. Mais l'esclave était-

[1] Code, liv. VII, tit. XVI, lois 4 et 27.

[2] Code, liv. VII, tit. XVII, loi 1.

[3] Hermogénien, Digeste, *De manumissionibus*, liv. XL, tit. I, loi 24.

[4] Code de Théodose, liv. IV, tit. VIII, loi 4 ; code de Justinien, liv. VII, tit. XVI, loi 42.

[5] Digeste, *De liberali causa*, liv. XL, tit. XII, loi 9, § 1.

il libre ? ou bien appartenait-il au vainqueur qui profitait par une espèce de droit d'accroissement de ce que son cohéritier avait été vaincu, décision qui eût été analogue à ce qui se passait quand l'un des copropriétaires avait seul affranchi l'esclave par un mode solennel ?

Gaïus se contente de poser ces questions, en faisant observer que l'individu dont le *status* est litigieux ne peut être partie libre, partie esclave. « *Sane ridiculum est arbitrari eum pro parte dimidia duci, pro parte libertatem ejus tueri* [1]. »

Les maîtres de Gaïus, Sabinien et Cassius, pensaient que le vainqueur devait emmener l'esclave et être seul maître [2]; c'était l'avis du jurisconculte Minucius ; mais Julien, par faveur pour la liberté, fait prévaloir la sentence : « *Commodius autem est favore libertatis, liberum quidem eum esse, compelli autem pretii sui partem viri boni arbitratu victori suo præstare.* » Papinien se range à l'avis de Julien dans des cas analogues [3].

CHAPITRE IV.

MANIÈRES DONT L'ESCLAVAGE PRENAIT FIN.

A. *Affranchissement.*

a. L'esclave pouvait être affranchi par des modes solennels ou non solennels.

Les modes solennels étaient : 1° le cens. L'esclave se faisait inscrire du consentement de son maître sur les tables du cens ; désormais, il était libre. « *Censu manumittebantur olim*, dit Ulpien [4], *qui lustrali censu Romæ jussu dominorum inter cives Romanos censum profitebantur.* » 2° La vindicte (*vindicta*). Le maître se rendait avec l'*adsertor libertatis* et l'esclave devant le magistrat, et là l'*adsertor* revendiquait la liberté de l'esclave en le touchant de sa baguette. Le maître étant d'accord ne contre-revendiquait pas, et le magistrat disant le droit constatait que

[1] Julien, Digeste, *De liberali causa*, liv. XL, tit. XII, loi 30.
[2] Voir ladite loi 30 *De liberali causa*.
[3] Digeste, *De except. rei judic.*, liv. XLIV, tit. II, loi 29.
[4] *Règles*, tit. I, § 8.

l'esclave était libre[1]. On a vu précédemment pourquoi l'*adsertor* employait la baguette, ce qui indiquait aussi pourquoi ce mode d'affranchissement portait le nom de *vindicta*[2]; cet acte étant un acte de juridiction gracieuse pouvait être accompli devant le magistrat, alors même qu'il ne siégeait pas à son tribunal. 3° Le testament. Le maître léguait la liberté à son esclave ou bien l'instituait héritier ou légataire, en lui conférant la liberté; autrement il n'eût pu profiter ni de l'institution d'héritier ni du legs. Ces trois modes solennels d'affranchissement sont rappelés par Cicéron[3] et par Gaïus[4].

Les modes non solennels étaient l'affranchissement par lettres, entre amis, par un messager, et autres que nous indiquerons plus loin.

b. Il y avait grand intérêt à distinguer entre ces modes. Dans l'ancien droit, pour être libre, il fallait un affranchissement solennel. Cicéron dit positivement : « *Si neque censu, neque vindicta, nec testamento liber factus est, non est liber*[5]. »

De plus, l'esclave affranchi même par un mode solennel n'était pas toujours libre. Son maître, pour lui conférer la liberté, devait avoir sur l'esclave le domaine quiritaire ; s'il en était propriétaire par un mode du droit des gens, la tradition, et non par un mode de droit civil, la *mancipatio* ou la *cessio in jure*, il

[1] Ulpien, *Règles*, tit. I, § 7 ; *Horace* (liv. II, satire VII, vers 76) :

Quem ter vindicta quaterque.

Plaute (*Curculio*, acte I, vers 222) :

Verbo vindictam para.

Perse (satire V, vers 88 et 125) :

Vindicta postquam meus a prætore recessi.
An dominum ignoras, nisi quem vindicta relaxat.

Ovide (*Remedia amoris*, vers 73) :

Publicus adsertor dominis oppressa levabo
Pectora : vindictæ quisque favete suæ.

[2] Gaïus, Comm. IV, § 16; Claudien (*Quatrième consulat d'Honorius*, vers 611), semble rattacher le mot *vindicta* à l'esclave *Vindex*, qui découvrit la conspiration des enfants de Brutus et fut affranchi. Voir M. Wallon, t. II, p. 478.

[3] Topiques, n. 2.

[4] Comm. I, § 17.

[5] Topiques, n° 2.

n'avait que l'*in bonis*, et la liberté ne découlait pas de l'affranchissement.

Toutefois, le préteur venait au secours de l'affranchi et le maintenait, en fait, en liberté; il empêchait son maître de le traiter en esclave; mais l'affranchi mourait esclave avec les conséquences légales ; notamment tout ce qu'il avait pu acquérir appartenait à son maître [1].

Cette législation fut adoucie dans le sens de la liberté. Une loi *Junia Norbana* rendue, les uns prétendent en 671, d'autres sous Tibère, en 772, déclara que cet affranchi serait libre et aurait la position sociale d'un Latin, ce qui lui facilitait les moyens d'arriver à la pleine liberté et à la qualité de citoyen romain [2].

c. Au commencement de l'empire, les affranchissements se multipliaient d'une manière inquiétante pour la société romaine ; la population ingénue tendait à être débordée par les affranchis, aussi Auguste voulut-il remédier à cet état de choses, et il exigea d'abord des garanties d'âge tant du côté de l'affranchi que du maître qui affranchissait.

La loi *Ælia Sentia*, rendue en 757, décida : 1° que l'esclave, pour avoir la pleine liberté et être citoyen romain, devrait avoir trente ans. Si on place la date de la loi *Junia Norbana* en 772, l'esclave âgé de moins de trente ans n'était pas libre, seulement le préteur le maintenait en liberté ; plus tard, quand parut cette dernière loi, il fut Latin [3]; 2° il fallait que l'affranchissant eût vingt ans [4].

Dans les deux cas, il pouvait y avoir de justes motifs d'affranchissement qui faisaient déroger à la loi *Ælia Sentia*. Ces justes motifs étaient, par exemple, si le maître voulait affranchir son fils ou sa fille, son frère ou sa sœur naturels, son élève, son maître, son esclave pour en faire un procureur, sa servante pour l'épouser [5]; dans ce dernier cas, il devait jurer de se marier dans les six mois. Ces motifs étaient appréciés devant un conseil composé à Rome de cinq sénateurs et de cinq chevaliers ro-

[1] Gaïus, Comm. III, § 56; *Disputatio de manumissionibus*, § 5.
[2] Gaïus, Comm. I, § 17; Ulpien, *Règles*, tit. III.
[3] Gaïus, Comm. I, § 17.
[4] Gaïus, Comm. I, § 38.
[5] Gaïus, Comm. I, § 19 et 39; Ulpien et Paul, Digeste, *De manum. vind.*, liv. XL, tit. II, lois 11, 12, 13.

mains pubères ; dans les provinces, de vingt récupérateurs également citoyens romains [1]. Un principe dominait : une fois la cause approuvée par le conseil, vraie ou fausse, la liberté n'était pas révoquée : « *Libertas semel data non revocatur* [2]. »

Cette même loi *Ælia Sentia*, à une autre point de vue, avait encore limité les affranchissements dans l'intérêt des créanciers et du patron de l'affranchissant.

1° Les esclaves faisant partie du patrimoine de leur débiteur étaient le gage des créanciers ; ceux-ci avaient le droit, si le débiteur ne payait pas, de se faire envoyer en possession des biens et de faire vendre le patrimoine, y compris les esclaves, pour être payés sur le prix. Le maître pouvait affranchir *en fraude* de ses créanciers, c'est-à-dire, d'après l'opinion qui a prévalu, affranchir, en connaissant ou en prévoyant son insolvabilité, et frustrer ainsi ses créanciers de leur gage. L'affranchissement était alors nul : « *Nihil agit quia lex Ælia Sentia impedit libertatem* [3]. » Cette disposition de la loi *Ælia Sentia* parut tellement juste, qu'elle fut étendue aux pérégrins [4].

2° Le patron était appelé à l'hérédité de son affranchi. La loi *Ælia Sentia* annulait aussi l'affranchissement d'un esclave fait par l'affranchi uniquement pour nuire au patron [5].

Cette loi comportait une seule exception, non pas pour favoriser la liberté, mais bien pour permettre au maître de reporter sur son esclave l'infamie qui s'attachait à la mémoire d'un défunt insolvable dont les biens étaient vendus à la requête de ses créanciers. Le maître insolvable avait le droit d'affranchir un seul esclave, qui étant héritier nécessaire et libre à la fois, voyait les biens de son maître vendus sous son nom de lui affranchi, et le maître avait ainsi détourné l'infamie qui aurait dû

[1] Gaïus, Comm. I, § 20.

[2] Marcien, Digeste, *De manumissis vindicta*, liv. XL, tit. II, loi 9, § 1 ; Inst. de Just., liv. I, tit. VI, § 6 ; Code, liv. VII, tit. I, loi 1.

[3] Gaïus, Comm. I, § 37 ; et Just. inst., liv. I, tit. VI, pr. Sur la fraude ; comparez Gaïus, Digeste, *Qui et a quibus*, etc., liv. XL, tit. IX, loi 10 ; et Just. Inst., liv. I, titre VI, § 3. Voir Pomponius, Digeste, loi 23 du même titre, *Qui et a quibus ;* Code, liv. VII, tit. II, loi 1.

[4] Gaïus, Comm. I, § 47.

[5] Gaïus, Comm. I, § 37.

atteindre sa mémoire pour la reporter sur l'esclave devenu libre [1].

Gaïus nous apprend que Sabinus avait généreusement protesté contre l'infamie à laquelle l'esclave était soumis : « *Quia non suo vitio sed necessitate juris bonorum venditionem pateretur.* » Mais, ajoute-t-il, « *alio jure utimur.* »

La loi *Ælia Sentia* permettait aussi au maître d'affranchir, dans le même but, un esclave de moins de trente ans [2]; mais le maître ne pouvait affranchir qu'un esclave, et encore, si dans le testament, à défaut de l'esclave, il avait indiqué un homme libre, celui-ci avait le droit de supplanter l'esclave et de prendre l'hérédité pour lui, de telle sorte que l'esclave n'était pas libre [3].

Les affranchissements testamentaires étaient particulièrement très-nombreux. Les testateurs se faisaient un point d'honneur de faire suivre leurs funérailles d'un grand nombre d'esclaves. Intervint, toujours sous Auguste, la loi *Fusia Caninia* (an de Rome, 761). D'après cette loi, de deux à dix esclaves, le maître pouvait en affranchir la moitié; de dix à trente le tiers; de trente à cent le quart; de cent à cinq cents le cinquième, et jamais il ne pouvait en affranchir plus de cent. Cette loi ne limitait pas les affranchissements entre vifs, parce que le législateur avait pour garantie l'intérêt du maître qui ne se laisserait pas facilement aller au dépouillement entre vifs [4].

Le testateur devait désigner les esclaves par leurs noms ou au moins par leurs services [5]. On annulait tous les affranchissements qui dépassaient le taux légal. Des testateurs, pour se soustraire à la loi *Caninia*, affranchissaient les esclaves en cercle (*per orbem*), de sorte qu'il n'y avait ni premiers ni derniers. Dans ce cas, les affranchissements étaient tous annulés [6].

[1] Gaïus, Comm. II, § 154; Inst., liv. I, tit. VI, § 1.

[2] Ulpien, *Règles*, I, § 14.

[3] Ulpien même passage; Paul, Digeste, *De hered. inst.*, liv. XXVIII, tit. V.

[4] Gaïus, Comm. I, § 42 à 45; Ulpien, *Règles*, I, § 24; Paul, *Sentences*, liv. IV, tit. XIV.

[5] Ulpien, *Règles*, I, § 24; Gaïus, Digeste, *De manumiss. testam.*, liv. XL, tit. IV, loi 24.

[6] Gaïus, Comm. I, § 46 : « *Lex Furia Caninia quæ in fraudem ejus facta sunt rescindit.* »

d. Il faut actuellement exposer, toujours d'après l'ancien droit romain, la situation 1° d'un esclave qui appartenait à plusieurs maîtres et qui était affranchi par l'un d'eux; 2° celle de l'esclave soumis au droit d'usufruit.

Première hypothèse. L'esclave Stichus était sous la puissance de Primus et de Secundus. Primus affranchissait l'esclave. *Première question.* L'esclave pouvait-il être libre? Non évidemment, car Primus n'avait pu disposer du droit de Secundus. *Deuxième question.* Pouvait-il être libre pour la part de Primus? Non, car la liberté est indivisible, on est entièrement libre ou entièrement esclave. *Troisième question.* Que l'esclave devenait-il? Sur ce point les jurisconsultes distinguaient : avait-il été affranchi par un mode solennel, le droit de Primus était éteint, il avait solennellement renoncé à son droit de propriété, et quoiqu'il n'eût pas atteint son but, on interprétait rigoureusement l'acte qui était intervenu, et la forme emportait le fond. Il s'ensuivait que l'esclave appartenait dès lors en entier à l'autre propriétaire *jure accrescendi* [1]. L'esclave avait-il été affranchi par un mode non solennel, alors on tenait compte de l'intention de l'affranchissement, il avait voulu affranchir l'esclave; n'ayant pas atteint son but, rien n'était fait, et la propriété restait là où elle était auparavant [2].

Deuxième hypothèse. L'esclave Stichus était sous la puissance de Primus, nu propriétaire, et de Secundus, usufruitier. Le nu propriétaire affranchissait Stichus. Ce dernier restait esclave, car Primus n'avait pu disposer du droit de Secundus, mais il était *servus sine domino* [3]; il ne devenait libre qu'à la cessation de l'usufruit. Il s'ensuivait que tant que l'usufruit durait, il ne pouvait réaliser utilement aucune acquisition, puisqu'il était esclave et n'avait pas de maître [4].

Si l'usufruitier affranchissait l'esclave, celui-ci n'était pas libre

[1] Ulpien, *Règles*, tit. I, § 18; Inst. de Just., liv. II, tit. VII, § 4.

[2] Ulpien, *eodem loco*; M. Pellat, *Sur la propriété*. Toutefois, il résulte de la constitution de Justinien au code, liv. VII, tit. XVII, que dès le temps de l'empire, des modifications importantes dans le sens de la liberté avaient été introduites.

[3] Ulpien, *Règles*, I, § 19.

[4] Ulpien, Digeste, *De heredibus instituendis*, liv. XXVIII, tit. V, loi 9, § 20.

et retombait sous la pleine propriété : il y avait renonciation au droit d'usufruit.

e. Exposons actuellement les réformes introduites sous le bas-empire, réformes favorables à la liberté.

D'abord, quant aux modes solennels et non solennels, le cens tomba en désuétude sous Vespasien, et fut remplacé en 316, sous Constantin, par l'affranchissement dans les églises [1].

L'affranchissement dans les églises, en présence des évêques, donnait à l'affranchi la qualité de citoyen romain. Acte devait être dressé. Pour les clercs, ils ne rencontraient aucun obstacle de temps et de lieu pour accomplir cette œuvre de charité.

On maintint l'affranchissement *vindicta*, mais l'*adsertor libertatis* fut remplacé par un licteur qui revendiquait la liberté, et l'on ne prononçait plus de paroles solennelles [2].

Justinien abolit toute distinction entre les modes solennels et non solennels, toute différence entre le domaine quiritaire et l'*in bonis*. Il décida que tout esclave affranchi aurait la pleine liberté et serait citoyen romain. Il rendit la même décision pour le cas où l'esclave aurait moins de trente ans, abrogeant ainsi l'une des dispositions de la loi *Ælia Sentia* [3].

L'empereur maintint la nécessité de l'âge pour le *manumissor*. Toutefois, il n'exigea que dix-sept ans, sauf la justification des

[1] Code de Théodose, liv. IV, tit. VII ; code de Justinien, liv. I, tit. XIII, lois 1 et 2.

[2] Hermogénien, Digeste, *De manumissis vindicta*, liv. XL, tit. II, loi 23. Perse disait déjà :

> Hic, hic quem quærimus, hic est;
> Non in festuca, lictor quam jactat ineptus.
> (Vers 175, satire V.)

Boèce, dans son Commentaire sur les topiques de Cicéron, indique le licteur comme revendiquant la liberté. M. Benech (*Études sur les classiques latins*, p. 165), dit que le maître ayant trouvé trop ennuyeux de remplir les formalités de la manumission, les faisait remplir par un licteur. *Sic*, M. Giraud (*Droit français au moyen âge*, p. 315). Il nous semble que le licteur remplaçait seulement l'*adsertor libertatis*. Suivant M. Wallon (2e volume, note 42), le licteur tenait la place du magistrat. Nous ne le pensons pas. Les lois 8 et 23 au Digeste (40-2), citées par M. Giraud, semblent bien dire que le licteur prenait seulement la place de l'*adsertor*.

[3] Inst., liv. I, tit. V, § 3 ; Code, liv. VII, tit. V, VI, XV, XXII. « *Ampliandam esse magis civitatem nostram, quam minuendam esse censemus.* »

motifs légitimes [1]; plus tard, même dans la novelle 119, chapitre II, il permit à l'individu âgé de quatorze ans qui pouvait tester d'affranchir ses esclaves dans son testament.

Il confirma la disposition de la loi *Ælia Sentia* relative aux affranchissements faits en fraude des droits des créanciers, avec l'exception pour le maître insolvable. Il ne parle plus des affranchissements en fraude des droits du patron, parce que depuis longtemps, on avait pris des mesures pour empêcher un affranchi d'épuiser frauduleusement une succession que la loi assurait au patron [2].

La loi *Fusia Caninia* fut abrogée [3], et dès lors le maître ne fut pas limité dans ses affranchissements testamentaires.

Continuant son œuvre, Justinien s'occupa de l'esclave appartenant à plusieurs maîtres.

Pour faire cesser toute discussion et toute difficulté, il décida que si l'esclave était affranchi entre vifs ou par testament par l'un de ses maîtres, l'esclave serait libre. Les autres maîtres devaient être expropriés moyennant une indemnité dont l'empereur fixa le tarif [4]. Cette indemnité devait être déterminée à l'amiable ou par offres réelles suivies de consignation [5]. Les droits de patronage appartenaient au maître qui avait affranchi. Ce dernier pouvait même léguer à l'esclave son pécule, autrement il était repris proportionnellement par tous les maîtres. Si l'esclave était comptable, le magistrat lui fixait un délai pour rendre ses comptes [6].

Plusieurs des copropriétaires pouvaient vouloir affranchir et désintéresser les autres maîtres; alors était préféré « *qui primus ad hanc rationem pietatis pervenit.* » Si tous voulaient affranchir, ils affranchissaient sans recevoir un prix, et le pécule et les droits de patronage se partageaient entre eux [7]; enfin l'empereur prononce l'abrogation de l'ancien droit d'accroissement [8].

[1] Inst., liv. I, tit. VI, § 7.

[2] Voir cependant Gaïus, Digeste, *De liberali causâ*, liv. XL, tit. XII, loi 9, § 2. « *Quod in fraudem patroni servi manumissi sunt.* »

[3] Inst., liv. I, tit. VII; Code, liv. VII, tit. III.

[4] Code, liv. VII, tit. VII, § 5.

[5] Voir le paragraphe 2.

[6] Voir le paragraphe 4.

[7] Voir le paragraphe 6.

[8] Voir le paragraphe 7.

Dans la loi 2, Justinien tranche une controverse. Le testateur pouvait léguer à son esclave la part de propriété qu'il avait sur cet esclave légataire. La volonté du testateur est ambiguë; a-t-il voulu faire profiter son copropriétaire de ce legs, ou bien a-t-il voulu léguer la liberté pour partie à son esclave? L'empereur tranche la question dans le sens de la liberté : « *In tali itaque comparatione nos, qui fautores libertatis sumus, si ambiguam testatoris interpretamur voluntatem, tanquam si voluerit cum libertate, in sua parte donare;* » puis il applique à cet esclave les principes que nous venons d'exposer; l'esclave étant libre, les héritiers du testateur devront payer une indemnité aux autres maîtres.

Justinien a-t-il innové dans la constitution que nous venons d'analyser?

Il cite une constitution de Sévère qui avait imposé aux héritiers d'un militaire la nécessité d'acheter et d'affranchir l'esclave commun auquel le défunt militaire avait laissé la liberté. Cette constitution obligeait-elle le copropriétaire à céder sa part? rien ne le dit. Mais il parle encore d'une autre constitution de Sévère et d'Antonin Caracalla, « *ex qua generaliter necessitas imponebatur socio partem suam socio vendere, quatenus libertas servo imponatur, licet nihil lucri ex substantia socii morientis alii socio accedat.* » Il semblerait résulter de ces expressions que ces empereurs décidaient *generaliter*, pour tout affranchissement testamentaire émané d'un *miles* ou d'un *paganus*, que le copropriétaire était obligé de vendre sa part, alors même que le testateur ne lui eût rien laissé. Le prix eût été fixé par le préteur, et Justinien cite à son appui Paul et Ulpien. Il est toutefois étonnant que ce dernier, dont nous avons le texte [1], ne nous ait pas indiqué cette expropriation pour cause de liberté. Justinien va encore plus loin, il fait remonter cette doctrine à Sextus Ælius, « *juris antiqui conditor.* » Ce jurisconsulte avait enseigné : « *Socium per prætorem compelli suam partem vendere quatenus liber servus efficiatur.* » A l'appui de cette affirmation, l'empereur cite Julien et son annotateur et contradicteur Marcellus [2]; mais

[1] *Règles*, I, § 18.

[2] Voir en effet Digeste, *De manumissis vindicta*, liv. XL, tit. II, loi 4, § 2; *De statu liberis*, liv. XL, tit. VII, loi. 13, § 1; *De vulgari et pupillari substitutione*, liv. XXVIII, tit. VI, loi 18; *De senatusconsulto Siliano* liv. XXIX, tit. V, loi 16; Cujas sur la loi 3, § 2, *De manumissis vindicta*,

de son aveu ces principes et ces constitutions impériales avaient été l'objet de vives controverses. On semblait d'abord ne s'être occupé que de l'affranchissement testamentaire, et l'on se demandait si les textes s'appliquaient au militaire et au bourgeois. Justinien introduit alors une réforme complète en déclarant qu'il veut faire cesser toute discussion : « *Decidentes tales altercationes... ut nullus inducatur differentia militis seu privati.* »

Dans une autre constitution [1], Justinien s'occupa de l'esclave soumis à l'usufruit.

Réformant l'ancien droit, il décide que si le nu propriétaire affranchit l'esclave, celui-ci sera libre en droit et non plus *servus sine domino ;* il pourra dès lors réaliser utilement pour lui des acquisitions; mais l'empereur n'exproprie pas l'usufruitier; l'esclave affranchi sera, pendant toute la vie de l'usufruitier, « *quasi servus apud usufructuarium.* »

Si l'usufruitier seul voulait affranchir, il fallait distinguer : s'il avait entendu renoncer au droit d'usufruit, alors le nu propriétaire reprenait la pleine propriété ; sinon, l'esclave restait en droit esclave; mais tant que l'usufruit subsistait, il demeurait *in libertate,* en se comportant comme un homme libre; l'ancien droit subissait encore une réforme sur ce dernier point.

L'empereur rappelle encore le but de ses efforts : « *Maxime pro libertate quam et fovere et tueri romanis legibus, et præcipue nostro numini peculiare est.* »

Il étendit son œuvre de réformation au cas où jadis l'affranchissement avait lieu par des modes non solennels [2] :

1° Un édit de Claude déclarait affranchi l'esclave malade que le maître avait renvoyé de chez lui sans le recommander à qui que ce fût [3]. Cet esclave n'obtenait que la qualité de Latin, et, s'il mourait, son maître jouissait des droits de patronage sur les

extraite du livre 42 du Digeste de Julien. Ce dernier jurisconsulte, favorable à la liberté, donnait au cas de sentences différentes à l'égard de deux maîtres, sur la question de liberté, une décision analogue. Voir *De liberali causâ,* liv. XL, tit. XII, la loi 30 déjà citée; voir aussi la décision d'Adrien au code, liv. VII, tit. IV, loi 2.

[1] Code, liv. VII, tit. XV.

[2] Code, liv. VII, tit. VI.

[3] Modestin, Digeste, *Qui sine manumissione,* liv. XL, tit. VIII, loi 2; Suétone, *Vie de Claude,* n° 25.

biens du Latin. Il y avait, dans une pareille décision, tout avantage pour le maître; il était débarrassé de son esclave et il profitait plus tard de toutes les acquisitions que ce dernier devenu libre pouvait réaliser.

D'après Justinien, l'esclave était citoyen romain et le maître perdait tous ses droits de patronage [1].

2° Des testateurs ou des héritiers avaient l'habitude par jactance (*vana liberalitate*) de faire suivre leur convoi ou celui du défunt par des esclaves revêtus du bonnet de la liberté; ils jouissaient du doux renom d'humanité; leur mémoire devenait populaire, puis les esclaves rentraient ou plutôt restaient dans l'esclavage.

Justinien décide que tous les esclaves, qui de la volonté du testateur ou de l'héritier « *funus pileati antecedunt,* » seront libres et citoyens romains; mais le maître gardait ses droits de patron [2].

3° Il confère la qualité de citoyen romain et non plus seulement de Latin à l'esclave dont le maître qui revendiquait a reçu le prix, et dans ce cas le maître n'avait pas les droits de patron, car l'esclave « *quodammodo sibi libertus invenitur* [3]. »

4° Le maître qui donnait à un homme libre une esclave en mariage et constituait une dot sur l'*instrumentum dotale,* affranchissait par là même l'esclave qui avait la qualité de citoyenne romaine, mais il fallait qu'il y eût justes noces [4].

5° D'après la novelle 22, chapitres X et XI, celui qui avait livré son esclave à un homme libre comme si elle était libre et pour qu'il l'épousât, qu'il eût rédigé ou non l'*instrumentum dotale;* ou bien celui qui, connaissant le mariage, avait gardé le silence, perdait son droit de propriété, et l'esclave était libre.

[1] Voir le paragraphe 3.

[2] Voir le paragraphe 5 : « *Et ne quis vana liberalitate jactare se concedatur, ut populus quidem eum quasi humanum respiciat, multos pileatos in funus procedentes adspiciens, omnibus autem deceptis, maneant illi in pristina servitute, publico testimonio defraudati.* » Dans le même paragraphe, l'empereur parle d'esclaves qui, de la volonté de l'héritier ou sur la demande du testateur, « *in ipso lectulo stantes, cadaver ventilare videntur,* » et il les déclare libres. D'après Cujas et Pothier, il s'agissait d'esclaves qui chassaient les insectes et préservaient ainsi le cadavre.

[3] Voir le paragraphe 8.

[4] Voir le paragraphe 9.

De même, s'il s'agissait d'un esclave, le maître gardait ses droits de patronage [1].

Il n'en était pas ainsi de l'union avec une colone; rien ne pouvait détacher les colons de la terre à laquelle ils étaient attachés.

6° Il y avait aussi affranchissement quand le maître, dans des actes publics, avait désigné un de ses esclaves sous le nom de fils [2].

7° Le maître qui, en présence de cinq témoins, remettait à l'esclave ou déchirait l'écrit où cet esclave était désigné comme tel, en se privant ainsi de toute preuve, lui conférait la liberté. A la position de Latin, Justinien substitue celle de citoyen romain.

8° Autrefois on affranchissait encore d'autres manières, *per mensam,* quand le maître admettait son esclave à sa table avec l'intention de lui conférer la liberté [3]. Justinien abrogea tous ces anciens modes d'affranchissement [4].

9° D'après Justinien [5], si un homme *non marié* avait pris une de ses esclaves pour concubine et qu'il eût persévéré dans cette union jusqu'à sa mort, la femme et les enfants étaient libres, « *ut sit domini mors libertatis exordium.* » Toutefois, si le défunt, dans son testament, les avait légués ou indiqués comme devant être esclaves de l'héritier, ils restaient esclaves; la constitution ne s'appliquait qu'au cas de silence (*taciturnitas*) du défunt.

Elle ne s'appliquait pas, bien entendu, à l'homme marié, car, dit Justinien, « *hominibus uxores habentibus, concubinas, vel libertas, vel ancillas habere, nec antiqua jura, nec nostra concedunt.* »

Cet empereur se montra encore, à un autre point de vue, favorable à la liberté.

Dans l'ancien droit, on décidait que le maître qui, dans son testament, instituait son esclave héritier, légataire ou tuteur,

[1] Argument du paragraphe 11, *in fine.*

[2] Voir le paragraphe 10; voir aussi Inst. de Just., liv. I, tit. II, § 12. Ce paragraphe rapporte l'avis de Caton, d'après lequel les esclaves adoptés par leurs maîtres étaient libres.

[3] Pothier, Pandectes, 2e vol., liv. XL, tit. I, n° 3.

[4] Voir le paragraphe 12.

[5] Code, liv. VII, tit. XV, loi 3.

devait nécessairement l'affranchir expressément, sinon la disposition testamentaire était nulle.

Paul, il est vrai, enseignait que du moment où le maître nommait son esclave héritier ou tuteur, il l'affranchissait implicitement [1]. Cet avis ne prévalut pas [2].

Justinien, partant de cette idée que, qui veut la fin veut les moyens, admit la doctrine de Paul et déclara l'esclave affranchi du moment où il était institué héritier, légataire ou tuteur [3]. Valerius et Gallien avaient déjà décidé que la désignation de l'esclave comme tuteur valait un affranchissement fidéicommissaire [4].

f. Revenons sur les affranchissements conférés par testament, les plus habituels et ceux pour lesquels on rencontre une foule de décisions favorables à la liberté.

L'esclave pouvait être affranchi directement par le testament de son maître. Si l'affranchissement était pur et simple, il acquérait la liberté lors de l'adition d'hérédité faite par l'héritier volontaire, ou lors de la mort du testateur, si l'héritier était nécessaire ; pour que cet affranchissement fût valable, il fallait que le testateur fût propriétaire de l'esclave et au moment de la confection du testament et au moment de sa mort [5]. L'esclave ainsi affranchi était *orcinus*, il avait pour patron le testateur [6].

L'esclave affranchi pouvait avoir un pécule confié par le maître à son administration. Il n'y avait pas droit s'il recevait la liberté par testament. Il en eût été autrement si l'affranchissement avait été entre vifs, le silence du maître qui laissait emporter le pécule suffisait [7].

L'esclave pouvait être affranchi sous condition ; il était ap-

[1] Digeste, *De test. tutel.*, liv. XXVI, tit. II, loi 32, § 2. Justinien, dans les Institutes, liv. II, tit. XIV, Pr., cite dans le même sens l'avis d'un jurisconsulte appelé Atilicinus.

[2] Gaïus, Comm. II, § 186-186 ; Ulpien, *Règles*, tit. XXII, § 7 et 12. « *Si sine libertate sit institutus, omni modo non consistit institutio.* »

[3] Inst., liv. I, tit. XIV, § 1 ; liv. II, tit. XIV, Pr.

[4] Code, liv. VII, tit. IV, loi 9.

[5] Gaïus, Comm. II, § 267 ; Inst. liv. II, tit. XXIV, § 2.

[6] Au passage précité, ajouter Ulpien, *Règles*, II, § 8.

[7] Code, liv. VII, tit. XXIII, loi unique ; Inst., liv. II, tit. XX, § 20.

pelé *statu liber* : Ulpien dit : « *Qui sub testamento liber esse jussus est, statu liber appellatur.* [1] » Est libre par son *status* celui qui est affranchi par testament sous condition, c'est-à-dire qui est libre sous condition suspensive ; Paul disait aussi [2] : « *Statu liber est qui statutam et destinatam in tempus vel conditionem libertatem habet.* » Ulpien continuait : « *Statu liber, quandiu pendet conditio, servus heredis est.* » Tant que l'événement futur et incertain que l'on avait prévu n'était pas accompli, l'esclave appartenait à l'héritier, et il subissait le sort des esclaves. Pomponius dit en effet : « *Statu liberi a cæteris servis nostris nihilo pene differunt, et ideo quod ad actiones, vel ex delicto venientes, vel in negotio gesto, vel contractu pertinet : ejusdem conditiones sunt statu liberi, cujus cæteri, et ideo in publicis quoque judiciis easdem pœnas patiuntur, quas cæteri servi* [3]. »

Mais l'héritier ne pouvait empêcher l'esclave d'arriver à la liberté si la condition s'accomplissait ; il pouvait l'aliéner, laisser une autre personne l'acquérir par usucapion, mais l'acquéreur ne devenait propriétaire de l'esclave qu'avec sa qualité de *statu liber*, et si la condition venait à se réaliser, ce dernier était libre [4].

Toutefois, le *statu liber* était, dans certains cas, considéré comme un homme libre. Ainsi un rescrit d'Antonin le Pieux l'avait décidé quant aux peines que l'on pouvait lui infliger [5] ; c'est aussi ce que décidait Modestin [6]. Les deux textes cités contredisent sur ce point la doctrine de Pomponius, exprimée tout à l'heure. Des auteurs prétendent que la constitution rapportée par Ulpien est d'Antonin Caracalla, qui prenait aussi le surnom de *Pius*, et Pomponius écrivait avant le rescrit [7].

Quand le *statu liber* était-il censé avoir accompli la condition à laquelle la liberté était subordonnée ? L'on rencontre sur ce

[1] *Règles*, tit. II, § 1.

[2] Digeste, *De statu liberis*, liv. XL, tit. VII, loi 1.

[3] Digeste, même titre, loi 29.

[4] Ulpien, *Règles*, tit. II, § 3. « *Statu liber seu alienatur ab herede, sive usucapiatur ab aliquo, libertatis conditionem secum trahit.* » Digeste, *De statu liberis*, liv. XL, tit. VII, loi 9, § 3 ; Code, liv. VII, tit. II, loi 13.

[5] Ulpien, Digeste, *De pœnis*, liv. XLVIII, tit. XIX, loi 9, § 16.

[6] Digeste, *De quæstionibus*, liv. XLVIII, tit. XVIII, loi 14.

[7] Pothier, Pandectes, *De statu liberis*, nº 4.

point des solutions données en faveur de la liberté, cette chose d'un prix inestimable, comme disaient les jurisconsultes romains.

D'abord, si l'héritier empêchait l'accomplissement de la condition, elle était réputée accomplie[1]; de plus, la condition paraissait accomplie toutes les fois qu'il n'y avait pas lieu d'imputer au *statu liber* le non-accomplissement. Ulpien dit : en effet[2] « *Sane hoc jure utimur et in statu libero, ut sufficiat per eum non stare quominus conditioni pareat.* » Le même jurisconsulte a fait l'application suivante[3] : « Un esclave a été affranchi à condition de remettre une somme (*centum*) à un étranger, c'est-à-dire à une autre personne que l'héritier, l'étranger refuse de recevoir ou meurt avant d'avoir reçu, l'esclave est libre comme si la condition était accomplie. Dans un autre texte[4] Paul se demande ce que l'on devra décider si le *statu liber* n'avait pas l'argent lors de la mort de l'individu désigné pour recevoir ? Sabinus semblait exiger que l'esclave eût l'argent à sa disposition ; mais Julien, son disciple, répond « FAVORE LIBERTATIS, *constituto jure hunc ad libertatem perventurum etiam si postea habere cœpit decem*[5]. » Un autre jurisconsulte, Javolenus, examine l'espèce suivante[6] : Le testateur affranchit Stichus *s'il donne mille écus à Attia.* Celle-ci meurt du vivant du testateur. D'après Labéon et Offilius, l'esclave ne pouvait être libre ; Trébatius, le maître de Labéon, était d'un avis opposé. Javolénus qui annote Labéon, ajoute : « *Labeonis et Offilii sententia rationem quidem habet : sed hoc jure utimur ut is servus ex testamento liber sit.* »

[1] Ulpien, *Règles*, tit. II, § 6. « *Si per heredem factum sit quo minus statu liber conditioni pareat, proinde fit liber atque si conditio impleta fuisset.* » Ce n'était là du reste que l'application du droit commun. Digeste, Julien, *De condit. et dem.*, liv. XXV, tit. I, loi 24 ; Paul, *De verb. oblig.*, liv. XLV, tit. I, loi 85, § 7.

[2] Digeste, *De statu liberis*, liv. XL, tit. VII, loi 3, § 10 ; voir aussi Mécien, *De manumissis testamento*, liv. XL, tit. IV, loi 55. Il étend cette décision aux esclaves affranchis par fidéicommis, sans condition.

[3] *Règles*, tit. II, § 6.

[4] Digeste, *De statu liberis*, liv. XL, tit. VII, loi 20, § 3.

[5] Voir le titre *De statu liberis* au Digeste, liv. XL, tit. VII, loi 4, §§ 5, 5, 19, 28.« *Favor libertatis eo rem perduxit ut respondeatur expletam conditionem, si per eum cui data esset, non staret quo minus expleatur.* »

[6] Javolenus, Digeste, *De statu liberis*, liv. XL, tit. VII, loi 39, § 4.

Très-souvent l'esclave était affranchi à la condition de payer une somme d'argent, soit à l'héritier, soit à un tiers. S'il avait un pécule, il pouvait prendre l'argent dans le pécule, quoique le testateur n'eût rien dit à cet égard [1].

Mais l'esclave porteur de la chose qu'il devait remettre soit à l'héritier, soit à tout autre, était assailli par des brigands et volé, ou bien il perdait la somme qu'il avait; la condition était-elle réputée accomplie?

D'après Justinien [2], les jurisconsultes n'étaient pas d'accord, et il décide en faveur de la liberté, pourvu cependant que l'avantage ne soit pas enlevé à celui qui devait en profiter. « *Itaque veterum dubietate quiescente, nobis placuit, ut et libertas omnimodo competat, et commodum, quod heredi vel extraneo relinquitur, non abstrahatur; ex quacumque igitur causa impediatur, sive per heredem, sive per eum cui dare aliquid jussus est, sive per fortuitos casus, in libertatem quidem ipse omnimodo perveniat, nisi ipse servus noluerit adimplere conditionem.* »

Le testateur affranchissait quelquefois par fidéicommis. Il instituait un héritier et le priait d'affranchir son esclave ou celui de l'héritier, ou celui d'autrui; le testateur pouvait conférer un legs à une personne, à charge d'affranchir un des esclaves du légataire ou l'esclave d'autrui; ou bien il léguait l'esclave à charge par le légataire de l'affranchir.

Esclave du testateur affranchi par fidéicommis. — L'institué appelé fiduciaire était propriétaire de l'esclave; il devait l'affranchir et il conservait sur lui les droits de patronage. « *Qui autem*, dit Gaïus, *ex fideicommisso manumittitur, non testatoris fit libertus, etiam si testatoris servus sit, sed ejus qui manumittit* [3]. »

Propriétaire de l'esclave, le fiduciaire pouvait l'aliéner, mais

[1] Ulpien, Digeste, *eod. tit.*, loi 3, § 1 et 2. « *Receptum est enim ut servus peculiares quoque nummos dando perveniat ad libertatem sive ipsi heredi, sive alii dare jussus est.* »

Dans *Stichus*, comédie de Plaute (vers 730), l'esclave s'écrie :

Vapulat peculium; actum 'st, fugit hoc libertas caput.

[2] Code, liv. VI, tit. XLVI, loi 7.

[3] Gaïus, Comm. II, §§ 263, 264, 266; Ulpien, *Règles*, tit. II, § 8; Inst., liv. II, tit XXIV, § 2.

l'acheteur était obligé de l'affranchir. « *Quotiens*, dit Ulpien, *fideicommissario libertas relinquitur efficaciter, in ea causa est, ut neque alienatione, neque usucapione extingui possit; ad quemcumque enim pervenerit is servus, cui fideicommissaria libertas relicta est, cogi eum manumittere, et ita est sæpissime constitutum.....cum sua causa alienatur*[1]. »

Toutefois, l'esclave ainsi obéré pouvait exiger que le fiduciaire le rachetât et l'affranchît, car il pouvait tenir à avoir pour patron le fiduciaire et non l'acheteur. « *Si quis in causa fideicommissi manumissus est, nullo modo deteriorem ejus servi conditionem facere potest, ideoque nec vendere eum interdum alii potest, ut ab eo cui traditus est manumittatur, et si tradiderit redimere illum cogitur, et manumittere; interest enim nonnunquam a sene potius manumitti quam ab juvene*[2]. »

Ulpien[3] cite des rescrits d'Adrien et d'Antonin le Pieux, qui l'avaient ainsi décidé. Bien plus, s'il avait été affranchi par l'acheteur, il pouvait être considéré comme l'affranchi du fiduciaire; car, disaient les constitutions : « *Ne contra voluntatem defuncti durior ejus conditio constituatur*[4]. »

Dans tous ces cas, l'esclave pouvait agir contre son maître, et le magistrat statuait *extra ordinem*[5].

Si le légataire chargé d'affranchir l'esclave ne voulait pas accepter le legs, il devait transférer son droit à une autre personne prête à accomplir la volonté du défunt, « *ne intercidat libertas*[6]. »

Un grand nombre de sénatus-consultes et de constitutions impériales étaient intervenus pour réglementer les affranchissements fidéicommissaires. Toutes ces dispositions législatives témoignent de la faveur que l'on portait à la liberté.

Parlons d'abord des sénatus-consultes, en suivant leur ordre

[1] Même jurisconsulte, Digeste, *De fideicommissaria libertate*, liv. XL, tit. V, loi 45, § 2; Marcien, loi 51.

[2] Modestin, même titre, loi 15.

[3] Même titre, loi 24, § 2.

[4] Voir encore Pomponius, même titre, loi 20. Cette loi renferme ce mot du jurisconsulte Julien : « *Et si alterum pedem in tumulo haberem, non pigeret aliquid addiscere.* » Voir encore Ulpien, loi 26.

[5] Pomponius, même titre, loi 44.

[6] Paul, même titre, loi 33, § 2.

chronologique, d'après Pothier, dans les Pandectes de Justinien.

1° Sénatus-consulte Rubrien, rendu sous Trajan. (101 après J.-C.).

Si le fiduciaire appelé par le préteur ne se rendait pas à l'invitation, le magistrat pouvait, en connaissance de cause, décider que l'esclave serait libre, et libre comme s'il avait été affranchi directement[1]; il s'ensuivait que le fiduciaire perdait les droits de patronage[2].

2° Sénatus-consulte Dasumien, rendu également sous Trajan.

D'après ses dispositions, au cas où le fiduciaire était absent pour cause légitime, le magistrat reconnaissait ce fait, et l'esclave était libre comme s'il eût été affranchi par l'absent[3]. Ce sénatus-consulte s'appliquait non-seulement à l'héritier tenu d'affranchir, mais à tout fiduciaire quelconque, par exemple, à un légataire[4]; au cas où le fiduciaire mourait sans successeur[5]; où il s'abstenait de l'hérédité de son père[6]; au mineur de vingt-cinq ans qui, après s'être immiscé dans cette hérédité, obtenait la *restitutio in integrum*[7]. Dans tous ces cas, le magistrat prononçait que l'esclave était libre; mais les obstacles à l'affranchissement étant légitimes, les droits de patronage étaient maintenus au profit du fiduciaire. « *Dasumiano senatusconsulto, subvenitur his quo cautum est de his qui justa ex causa abessent: ut nec libertas impediatur, nec libertus eripiatur his qui fraude caveant*[8]. »

Toutefois, dans les dernières hypothèses que nous indiquions tout à l'heure, les droits de patronage étaient perdus pour celui qui s'abstenait de l'hérédité de son père[9].

3° Sénatus-consulte Articuléien, rendu également sous Trajan.

D'après ce sénatus-consulte, les présidents de province con-

[1] Ulpien, même titre, loi 26, § 7; voir aussi Julien, même titre, loi 47, § 1, pour le cas où le fiduciaire se cachait.
[2] Paul, loi 33, § 1; Africain, même titre, loi 49.
[3] Marcien, même titre, loi 51, § 4.
[4] Même loi, § 6.
[5] Ulpien, loi 30, § 9.
[6] § 10.
[7] § 11.
[8] Mécien, même titre, loi 36.
[9] Même titre, loi 30, § 12.

naissaient de ces sortes d'affaires, quoique l'héritier fiduciaire ne fût pas de la province[1].

4° Sénatus-consulte Vitrusien, rendu, d'après l'opinion de Pothier, sous Adrien ou Antonin.

On pouvait rencontrer des cohéritiers *infantes* qui n'étaient pas chargés d'affranchir, mais qui, en raison de leur âge, ne pouvaient céder leur part de propriété sur l'esclave du testateur affranchi seulement par fidéicommis. Ce sénatus-consulte et un rescrit d'Antonin le Pieux décidèrent que la part de l'esclave appartenant à ces héritiers *infantes* serait estimée, et que l'esclave recevrait la liberté des cohéritiers chargés de la conférer; ceux-ci devaient payer la valeur à leur cohéritier[2].

Voyons actuellement les divers rescrits relatifs au cas où le testateur a affranchi son esclave par fidéicommis.

Les empereurs philosophes et notamment Antonin le Pieux ont été les plus portés à rendre des décisions favorables à la cause de la liberté.

Rescrits d'Antonin le Pieux. Parmi les fiduciaires chargés d'affranchir, les uns étaient présents, d'autres ou se cachaient ou étaient absents pour cause légitime ou étaient *infantes;* l'esclave affranchi n'avait pas pour patrons ceux qui se cachaient, mais les autres conservaient leurs droits de patronage[3].

Le fiduciaire pouvait être *infans*, fou, sourd, muet, incapable d'affranchir : Antonin décida que l'esclave serait considéré comme affranchi par le fiduciaire[4].

Le testament d'un militaire renfermait une institution et une substitution; des esclaves étaient affranchis et institués héritiers par fidéicommis; l'institué et le substitué mouraient avant l'adition d'hérédité; Antonin décida que les esclaves seraient libres et héritiers comme s'ils avaient été institués directement, quand il s'agissait du testament d'un non militaire; il confirma aussi la

[1] Même titre, l. 51, § 7.

[2] Ulpien, même titre, loi 30, § 6.

[3] Voir le paragraphe 5 de la loi 30.

[4] Voir même loi 30, §§ 7 et 8. D'autres textes semblent rattacher ce résultat au sénatus-consulte Dasumien. L. 30, § 1. Mais ce texte parle du cas où l'*infans* se trouvait copropriétaire de l'esclave que l'on devait affranchir, tandis que les paragraphes 7 et 8 supposent qu'il était seul propriétaire et seul fiduciaire.

liberté, quoique le testament fût annulé faute d'héritier ; mais dans ce dernier cas, l'esclave avait pour patron l'héritier *ab intestat.* La faveur accordée aux militaires est basée sur le motif suivant : « *Quo militum suorum per omnia rata esset voluntas suprema*, [1] » principe d'équité qui avait dû s'étendre au testament du *paganus.*

Rescrits des *divi fratres* (Marc Aurèle et Verus). Le fiduciaire était un pupille au-dessus de l'enfance auquel le tuteur ne voulait pas donner son *auctoritas* pour affranchir l'esclave. Celui-ci était déclaré libre par le magistrat comme s'il avait été affranchi par le pupille *tutore auctore*, et ce pupille conservait les droits de patronage [2].

De deux fiduciaires, l'un est mort sans successeur, l'autre est absent pour cause légitime, l'esclave sera censé avoir été affranchi par les deux et sera dans les liens du patronage avec le second [3].

Rescrits de Marc Aurèle seul. Cet empereur rappela le principe suivant : « *Fideicommissariæ libertates neque ætate, neque conditione, neque mora non præstantium, tardiusve redeuntium corrumpi, aut in deteriorem statum perduci* [4]. »

L'esclave du testateur, « qui avait géré les affaires de ce dernier, » avait reçu la liberté fidéicommissaire purement et simplement, devait-on retarder l'affranchissement jusqu'à ce qu'il eût rendu ses comptes ? Non, dit l'empereur : telle n'a point été la condition imposée par le testateur : « *Neque humanum fuerit, ob rei pecuniariæ questionem libertati moram dari.* » Le préteur nommait un arbitre, devant lequel l'affranchi rendait ses comptes [5].

Rescrit d'Antonin Caracalla. L'esclave auquel était due la liberté fidéicommissaire pouvait recevoir un legs du testament du fiduciaire sans être affranchi. Il avait droit à la liberté et il lui suffisait de la réclamer aux magistrats [6].

Rescrit de Septime Sévère. On admettait que le testateur, en

[1] Marcien, loi 42 de ce titre.
[2] Ulpien, loi 30, § 3 de ce titre.
[3] Même jurisconsulte, loi 30, § 13 de ce titre.
[4] Même titre et même loi, § 16.
[5] Ulpien, même titre, loi 37.
[6] Même jurisconsulte, même titre, loi 30, § 15.

obligeant l'héritier d'affranchir l'esclave : *si probaverit, si non reprobaverit, si dignum putaverit*, avait voulu dire : si cela convenait à un homme de bien, et dès lors l'affranchissement ne dépendait pas du caprice du fiduciaire [1].

On peut encore attribuer à cet empereur une décision toute de faveur rapportée par Paul [2].

Une grave question d'humanité se présentait quand une femme avait été affranchie par fidéicommis. Quel devait être le sort des enfants nés avant l'affranchissement ? Étaient-ils esclaves et séparés de leur mère, ou bien suivaient-ils le sort de cette dernière ?

Le jurisconsulte Ulpien pose les principes [3]. Ordinairement la mise en demeure résultait d'une interpellation personnelle et non de l'échéance d'un terme [4] ; par faveur pour la liberté, la mise en demeure (*mora*) provenait du simple retard dans l'affranchissement. « *Subventum fideicommissis libertatibus, ut in re mora facta esse his videatur.* »

Si le fiduciaire n'affranchissait pas au jour fixé par le testateur, les enfants qui naissaient ensuite de la femme restée esclave étaient esclaves, mais le fiduciaire devait les remettre à la mère devenue libre, pour que celle-ci les affranchît, « *ex die quidem quo libertas peti potuit, matri traderentur manumittendi causa :* » et le jurisconsulte en donne les motifs : « *Plerumque enim per ignaviam, vel per timiditatem eorum quibus relinquitur libertas fideicommissa, vel ignorantiam juris sui, vel per auctoritatem et dignitatem eorum a quibus relicta est, vel serius petitur, vel in totum non petitur fideicommissa libertas, quæ res obesse non libertati debet.* » Le fiduciaire était donc privé du droit de patronage sur les enfants, puisqu'ils étaient affranchis par leur mère.

Ulpien était plus libéral qu'Alexandre Sévère, qui maintenait les enfants dans l'esclavage [5].

[1] Même jurisconsulte, même titre, loi 46, § 3.

[2] Même titre, loi 38.

[3] Même titre, loi 26, § 1.

Marcien, Digeste, liv. XXII, tit. I, loi 1.« *Mora fieri intelligitur non ex re sed ex persona.* »

[5] Code, liv. VII, tit. IV, loi

D'un autre côté, Marcien va plus loin [1] ; il cite des constitutions d'après lesquelles les enfants dont la naissance était postérieure au moment où la liberté était due naissaient ingénus : car, dit-il, « *libertas non privata, sed publica res est, ut ultro is qui eam debet offerre debeat.* »

Ulpien n'accordait ce résultat que lorsque la mère avait réclamé la liberté et que le fiduciaire était en demeure « *ex die quo petita est, ingenui nascuntur* [2], » et dans cette hypothèse, il n'y avait pas de doute, car Marcien dit aussi : « *Si quis rogatus ancillam manumittere moram fecerit, si interea enixa fuerit, constitutum est hujusmodi partum liberum nasci et quidem ingenuum* [3]. »

Si les enfants naissaient le jour où l'affranchissement de la mère devait avoir lieu, ils étaient esclaves de l'héritier, mais si celui-ci avait retardé par calcul l'adition d'hérédité, il devait remettre les enfants à la mère pour qu'ils fussent affranchis, et il perdait les droits de patronage [4] ; même s'il n'y avait pas faute de la part de l'héritier, et que la mère vînt à succomber pendant que l'héritier délibérait, on venait au secours des enfants ; seulement le fiduciaire devait affranchir lui-même et restait patron [5].

La mère, dans le cas où elle devait affranchir, ne pouvait s'y refuser, et s'y elle venait à mourir, le fiduciaire devait conférer la liberté [6].

On voit par l'ensemble des textes que les mesures les plus favorables à la liberté des enfants avaient été prises par les empereurs et les jurisconsultes [7].

Esclave d'autrui. Le testateur pouvait affranchir l'esclave d'autrui, mais par fidéicommis. Le fiduciaire devrait faire tous ses efforts pour acquérir l'esclave, puis il devait l'affranchir [8].

1 Digeste, même titre, loi 53.

2 Même titre, loi 26, § 1.

3 Même titre, loi 53; voir encore Ulpien, loi 26, § 2, 3 et 4; Modestin, loi 13.

4 Marcien, même titre, loi 53, § 1.

5 Marcien, même titre, loi 55.

6 Même jurisconsulte, loi 54.

7 On peut encore consulter la loi 55, § 1, pour le cas où la liberté avait été conférée directement.

8 Gaïus, Comm. II, § 265; Inst. de Just., liv. II, tit. XXIV, § 2.

Mais si le maître de l'esclave ne voulait pas l'aliéner, que devenait le fidéicommis? Gaïus répond : « *Quod si dominus eum non vendat, sane extinguitur libertas, quià pro libertate pretii computatio nulla intervenit* [1]. » Cette solution, qui permettait la collusion entre le maître de l'esclave et le fiduciaire, fut abrogée par une constitution libérale d'Alexandre Sévère.

L'affranchissement fut seulement différé, « *quia possit tempore præcedente, ubicumque occasio redimendæ ancillæ fuerit, præstari libertas* [2]. »

Valérien et Gallien virent un affranchissement fidéicommissaire de l'esclave d'autrui dans le fait de le désigner pour tuteur de ses enfants, pourvu que le testateur connût sa condition [3].

Esclave de l'héritier ou du légataire. Dans ce cas, le fiduciaire qui avait accepté la libéralité testamentaire ne pouvait refuser d'accomplir la volonté du défunt et d'affranchir l'esclave [4].

Intervint en l'an 182 après Jésus-Christ, sous Commode, le sénatus-consulte Juncien, en faveur des esclaves autres que ceux du testateur, affranchis par fidéicommis. Si le fiduciaire était absent pour des causes légitimes ou non, le préteur examinait l'affaire, et si l'esclave avait dû être affranchi, le magistrat le déclarait libre; le fiduciaire gardait les droits de patronage même si l'absence n'était pas légitime, à la différence de ce qui se passait quand il se cachait sans affranchir l'esclave héréditaire [5].

g. La lecture la moins attentive des textes relatifs à l'affranchissement prouve combien les jurisconsultes romains favorisèrent la liberté. A chaque instant, on rencontre des décisions de faveur. Outre les nombreux textes que nous avons déjà cités, on peut encore indiquer les passages suivants : 1° de Julien le jurisconsulte, qui semble avoir été le plus dirigé par un esprit libéral : « *Libertas servo favore libertatis contingit* [6] », « *favore libertatis receptum est* [7] », « *idque et favor libertatis exigit* [8] ; » 2° de

[1] *Eodem loco ;* voir Ulpien, *Règles*, tit. II, § 11; Paul, Digeste, même titre, loi 31, § 4.

[2] Code, liv. VII, tit. IV, loi 6; Inst. de just., liv. II, tit. XXIV, § 2.

[3] Code, liv. VII, tit. IV, loi 9.

[4] Même, Digeste, même titre, loi 35.

[5] Ulpien, loi 28, § 4; Marcien, 51, § 8, 9 et 10; Paul, même titre, loi 5.

[6] Digeste, *De manumissis vindicta*, liv, XL, tit. II, loi 4.

[7] *De manumissis testamento*, liv. XL, tit. IV, loi 16.

[8] Même titre, loi 17, § 3.

Marcien : « *in obscuro libertatem prævalere* [1] ; » 3° d'Ulpien : « *Favor enim libertatis.... quod multa contra juris rigorem pro libertate sint constituta* [2] », « *libertas favore competet die veniente* [3] ; » 4° de Paul « *favorabilius dicetur liberum fore* [4]. »

Les dispositions législatives furent empreintes du même caractère ; citons en quelques exemples :

Sous la république, le plébiscite appelé *lex Falcidia* (an de Rome 714) accorda aux héritiers testamentaires le quart de l'hérédité contre les légataires, mais cette loi n'atteignit pas les affranchissements testamentaires ; ils ne furent entravés que sous Auguste par la loi *Fusia Caninia*.

Les affranchissements testamentaires dépendaient du sort du testament. L'héritier refusait-il de faire adition d'hérédité, le testament était *destitutum* faute d'héritier, et toutes les dispositions, entre autres les affranchissements, venaient à s'évanouir.

Pour cette hypothèse, on trouve une disposition favorable introduite par Marc Aurèle, l'*addictio libertatum servandarum gratia :*

Un testateur, nommé Virginius Valens, avait affranchi des esclaves par testament. L'hérédité testamentaire ne fut point acceptée, et il ne se présenta personne pour hériter, pas même le fisc. Les biens devaient être vendus par les créanciers. Un des esclaves affranchis demanda que les biens lui fussent attribués, en promettant de maintenir les affranchissements. Marc Aurèle, par un rescrit rapporté aux Institutes de Justinien [5], l'autorisa à se présenter devant le magistrat compétent pour se faire attribuer les biens sous la condition de garantir, en outre, les créanciers du payement intégral de ce qui pouvait leur être dû.

Les esclaves affranchis directement dans le testament étaient *orcini*, sans patrons, à moins qu'il ne fût convenu que celui auquel les biens étaient attribués ne fût leur patron ; ceux affran-

[1] *De fideicommiss. libert.*, liv. XL, tit. V, loi 50.
[2] Même titre, loi 24, § 10.
[3] *De statu liberis*, liv. XL, tit. VII, loi 19.
[4] *De servis exportandis*, liv. XVIII, tit. VII, loi 9 ; voir aussi *De manumissis testamento*, liv. XL, tit. IV, loi 10.
[5] Liv. III, tit. II, § 1.

chis par fidéicommis obtenaient la liberté de celui qui avait reçu les biens et qui était leur patron [1].

Ce rescrit fut étendu à tous les étrangers qui voudraient maintenir le testament en se soumettant aux conditions que nous venons de voir [2].

Il s'appliquait aussi par faveur aux affranchissements faits par simples codicilles, alors que personne ne voulait de l'hérédité *ab intestat*, et même aux affranchissements entre vifs ou à cause de mort que les créanciers eussent voulu faire annuler comme faits en fraude de leurs droits [3].

Si le fisc recueillait les biens *ab intestat*, les affranchissements testamentaires étaient annulés, puisqu'il n'y avait plus de testament et que les biens n'étaient pas vacants [4]; si, au contraire, le fisc venait redemander les biens aux créanciers déjà saisis, alors il les obtenait aux mêmes conditions qu'un étranger, et les affranchissements étaient maintenus [5].

Justinien étendit encore la constitution de Marc Aurèle [6]. Il permit d'abord à un esclave affranchi par le testament ou le codicille, et même à un étranger, de réclamer l'*addictio* un an après la vente des biens, en désintéressant l'acheteur, en donnant caution de maintenir les affranchissements et de payer les créanciers. C'était l'opinion d'Ulpien, « *maxime propter libertates ne depereant.* »

Il permet, si les créanciers y consentent, de ne promettre que le payement d'une partie des dettes [7]; il autorise même l'affranchissement seulement d'un certain nombre d'esclaves désignés dans le testament, si le patrimoine est insuffisant pour payer les dettes : « *Humanius est ut pauci saltem perveniant ad libertatem.* » Si plusieurs personnes se présentent pour réclamer l'*addictio*, en principe, celui-là seul sera préféré qui offre de

[1] Voir pour les détails, Ulpien, Digeste, *De fideicomm. libert.*, liv. XL, tit. V, lois 2, 3 et 4.

[2] Code, liv. VI, tit. II, loi 6.

[3] Ulpien, Digeste, *De fideicomm. libert.*, l. 2; Inst. de just., liv. III, tit. II, §§ 3 et 6.

[4] Papinien, Digeste, *De manum. test.*, liv. XL, tit. IV, loi 50.

[5] Ulpien, Digeste, *De fideicomm. libert.*, liv. XL, tit. V, loi 4, § 17; Inst. de Just., liv. III, tit. II, § 1.

[6] Code, liv. VII, tit. II, loi 15.

[7] § 1.

meilleures conditions et notamment celui qui procure le plus d'affranchissements[1]. On devra donner la préférence à l'esclave non affranchi, car, dit Justinien, il y aura un certain charme à voir cet esclave procurer la liberté à ses compagnons d'infortune, « *ut aliquid venustum eveniat, ut per eum cui relicta libertas non est, aliis libertas imponatur.* »

Justinien introduisit encore d'autres solutions dans l'intérêt de la liberté.

Les anciens jurisconsultes se demandaient si on pouvait affranchir par fidéicommis un enfant qui était dans le sein de sa mère. « *Favore libertatis,* » répond l'empereur ; on pourra conférer à cet enfant, quel que soit son sexe, la liberté directe ou fidéicommissaire, de telle façon qu'il sera libre dès qu'il verra le soleil, « *ut cum libertate solem respiciat,* » et cela bien que sa mère reste esclave. Si la mère accouchait de plusieurs enfants, tous étaient libres : « *Cum in ambiguis sensibus, melius sit (et maxime in libertate, favore ejus,) humaniorem amplecti sententiam*[2]. »

Autre question. Le fiduciaire, chargé par le testateur de choisir l'un des enfants d'une femme esclave pour l'affranchir, venait à mourir avant d'avoir fait son choix, les anciens jurisconsultes hésitaient encore ; il y avait là un affranchissement conditionnel, et la condition qui consistait dans le choix de l'héritier ou du légataire était venue à défaillir. L'empereur décide que tous les enfants de cette femme seront libres, car, dit-il, le testateur, en laissant le choix, a pensé « *ad omnes non ad unum,* » tous pouvant être choisis[3].

Autre question. Un testateur avait légué son esclave à condition que le légataire l'affranchirait. L'héritier ne délivrant pas le legs, le légataire avait obtenu une condamnation pécuniaire. Les anciens jurisconsultes se demandaient si cette circonstance ne mettait pas obstacle à l'affranchissement, ou si la liberté devait être accordée soit par l'héritier, soit par le légataire. D'après Justinien, le juge devra condamner l'héritier à remettre l'esclave au légataire, et si au bout de deux mois il n'est pas

[1] §§ 4, 5 et 6.
[2] Code, liv. VII, tit. IV, loi 14.
[3] Code, même titre, loi 16.

affranchi, il sera libre de plein droit ; le légataire sera son patron, et l'héritier devra payer à ce dernier au quadruple les frais qu'il a occasionnés [1].

h. En dehors du testament, l'affranchissement pouvait être forcé et imposé au maître :

1° L'esclave pouvait convenir avec une personne que celle-ci l'achèterait et que le prix serait payé avec l'argent fourni par l'esclave ou par quelqu'un en son nom. Si cet acheteur fictif n'affranchissait pas, un rescrit de Marc Aurèle et de Verus (*divi fratres*) décida que l'esclave devrait être déclaré libre [2]. Il devait s'adresser, à Rome, au préfet de la ville [3] ; dans les provinces, au président [4]. Le jurisconsulte Marcien fait observer que, dans ce cas, l'esclave pouvait agir contre son maître, le dénoncer et se plaindre aux magistrats, « *cujus in fidem confugit et queri quod ab eo non manumittatur* [5]. » Si l'esclave succombait dans sa demande, il était condamné aux mines, à moins que son maître ne consentît à le reprendre [6] ; d'un autre côté, si le maître succombait, il perdait ses droits de patronage [7]. Mais comment un esclave qui n'avait rien à lui pouvait-il être acheté *suis nummis ?* Ulpien répond [8] : Avec un peu de bonne volonté (*conniventibus oculis*) on peut le considérer comme acheté de ses deniers, alors que l'acheteur a payé son prix avec des écus qui ne lui appartenaient pas ; par exemple, l'esclave a été acheté avec des sommes prises dans son pécule, provenant de ses épargnes [9], des dons qu'il a pu recevoir (*adventitio lucro*), ou bien c'est la libéralité, le bienfait d'un ami qui a fait les avances, a

[1] Code, même titre, loi 17.

[2] Ulpien, Digeste, *De manumiss.*, liv. XL, tit. I, loi 4.

[3] Ulpien, Digeste, *De officio præfecti urbi*, liv. I, tit. XII, loi 1, § 1.

[4] Marcien, Digeste, *De manumiss.*, liv. XL, tit. I, loi 5.

[5] Voir aussi la loi 53, *De judiciis* déjà citée.

[6] Même loi.

[7] Ulpien, Digeste, *De in jur. vocando*, liv. II, tit. IV, loi 10.

[8] Digeste, *De manumiss.*, liv. XL, tit. I, loi 4, § 1.

[9] Dans la première scène de *Phormion*, Davus se plaint du mariage des maîtres qui enlève les épargnes des esclaves.

> Quod ille unciatim vix de demenso suo
> Suum defrudens genium, comparsit miser,
> Id illa universum abripiet, haud existumans
> Quanto labore partum.

promis de donner la somme à l'acheteur ou s'est laissé déléguer au vendeur en prenant pour lui la dette de l'acheteur.

2° L'esclave pouvait avoir été vendu à condition d'être affranchi. Si le vendeur persévérait dans sa volonté et que l'acheteur n'affranchît pas, d'après un rescrit de Marc Aurèle, la liberté compétait de plein droit, sans que l'acheteur fût même mis en demeure [1].

Papinien décidait que l'esclave était libre même si le vendeur s'était réservé la *manus injectio* ou le payement d'une peine, « *quoniam manus injectio plerumque auxilii ferendi causa intervenit. Itaque nec pecunia petitur : cum emolumentum legis, voluntatem venditoris secutum sit* [2]. »

Si l'on n'avait pas fixé de délai pour l'affranchissement, au bout de deux mois l'esclave présent, au bout de quatre l'absent était déclaré libre [3]; l'acheteur conservait le droit de patronage [4].

Alexandre Sévère étendit le rescrit de Marc Aurèle aux esclaves donnés à condition d'être affranchis par le donataire [5].

3° La liberté devait être conférée malgré le maître qui avait reçu de l'argent pour affranchir et qui n'accomplissait pas sa promesse. « *Maxime,* dit Papinien, *si frater vel pater naturalis pecuniam dedit, videbatur enim similis ei qui suis nummis redemptus est* [6]; » Paul décide que l'esclave sera libre *ipso jure,* car il l'assimile à celui qui a été vendu à condition qu'il serait affranchi dans un certain délai; il restait aussi l'affranchi de son maître, « *cum idem etiam libertum habiturus sit* [7]. »

[1] Paul, Digeste, *De servis exportandis*, liv. XVIII, tit. VII, loi 3. D'après cette loi, le vendeur pouvait changer de volonté. Paul semble dire le contraire, *Qui sine manumiss.*, liv. XL, tit. VIII, loi 1; mais il faut entendre cette loi du cas où le vendeur et l'acheteur sont décédés sans successeurs. —Voir Scévola, *De servis exportandis*, loi 10; Paul, *De manumiss.*, liv. XL, tit. I, loi 10; Papinien, même titre, loi 20; Marcien, *Qui sine manum.*, liv. XL, tit. VIII, loi 6; Code, liv. IV, tit. LVII, lois 2, 3 et 4.

[2] Digeste, *De manumiss.*, liv. XL, tit. I, loi 20, § 2.

[3] Paul, Digeste, *Qui sine manumiss.*, liv. XL. tit. VIII, loi 9.

[4] Ulpien, Digeste, *De in jus vocando*, liv. II, tit. IV, loi 10; cependant le même jurisconsulte refuse au patron le droit d'accuser l'affranchi d'ingratitude, *Qui et a quibus manumiss.*, etc., liv. XL, tit. IX, loi 30.

[5] Code, liv. X, tit. XLVII, loi 1.

[6] Digeste, *De manumiss.*, liv. XL, tit. I, loi 19.

[7] Digeste, *De liberali causâ*, liv. XL, tit. XII, loi 38, § 1.

4° L'affranchissement était encore forcé si la femme avait été prostituée par l'acheteur, alors qu'elle avait été vendue avec la clause « *ne prostituatur* [1]. »

5° La liberté était quelquefois donnée à l'esclave, à titre de récompense ; à celui qui avait fait découvrir le meurtrier de son maître, l'esclave était alors *orcinus* [2] ; aux esclaves qui avaient dénoncé les faux monnoyeurs [3], le fisc payait au maître la valeur de l'esclave ; également aux esclaves dénonciateurs du crime de rapt, de désertion [4].

i. L'affranchissement, dans certains cas, était impossible.

L'esclave hypothéqué ou donné en gage ne pouvait être affranchi [5] ; mais l'hypothèque générale n'empêchait pas l'affranchissement [6] : on tournait même l'affranchissement direct en un fidéicommis [7].

La loi *Julia* défendait aux femmes divorcées ou répudiées d'affranchir et même d'aliéner un esclave pendant les soixante jours accordés au mari pour accuser la femme d'adultère [8] ; c'eût été un moyen de soustraire les esclaves à la torture, alors qu'ils devaient servir de témoins. On a vu que dans un cas, les esclaves de la femme pouvaient déposer contre elle [9].

L'accusé de lèse-majesté ne pouvait affranchir [10], ni celui qui allait être condamné en vertu de la *lex Cornelia*, probablement *de sicariis* [11].

1 Marcien et Paul, Digeste, *Qui sine manumiss.*, liv. XL, tit. VIII, loi 6, §§ 1 et 7.

2 Marcien, même titre, loi 5 ; Ulpien, Digeste, *De S. C. Siliano*, liv. XXIX, tit. V, loi 3, § 13. Si l'esclave appartenait à plusieurs maîtres, il était libre, sauf l'indemnité à payer au copropriétaire. Marcellus, Digeste, liv. XXIX, tit. V, loi 16.

3 Code, liv. VII, tit. XIII, loi 2.

4 Code, même titre, lois 3 et 4.

5 Ulpien, Digeste, *Qui et a quibus manumissi*, liv. XL, tit. IX, loi 4.

6 Code, liv. VII, tit. VIII, loi 3.

7 Ulpien, Digeste, *De fideicomm. libert.*, liv. XL, tit. V, loi 24, § 10.

8 Ulpien, Digeste, *De liberali causâ*, liv. XL, tit. XII, loi 12.

9 Joindre Inst. de Just., liv. II, tit. XIV, Pr. Dans l'espèce prévue par le texte, l'esclave est supposé complice de la femme ; quoique libre, il serait mis à la torture, mais par un motif de convenance, on a prohibé l'affranchissement. — Voir discours *Pro Milone*, nos 21 et 22.

10 Paul, Digeste, *Qui et a quibus manum.*, liv. XL, tit. IX, loi 15.

11 Marcien, Digeste, *De manumiss.*, liv. XL, tit. I, loi 8, § 2.

L'esclave coupable d'un plagiat (vol d'homme) ne pouvait obtenir sa liberté avant dix ans[1]; celui qui était esclave de la peine, pendant la durée de sa peine, ne pouvait être affranchi[2].

Enfin, il en était de même de celui qui avait été vendu, légué ou donné à condition qu'il ne serait pas affranchi[3]; le préfet de la ville ou le président de la province pouvaient empêcher l'affranchissement de l'esclave coupable d'un délit[4].

Valérien et Gallien[5] permettaient l'affranchissement d'un esclave qui, d'après le testament, ne devait pas être affranchi, si le testateur avait eu en vue les enfants morts avant leur père.

Quelquefois, le testateur imposait à son héritier l'obligation de ne pas aliéner l'esclave; on pouvait interpréter cette disposition dans le sens d'un fidéicommis de liberté, ou comme une prohibition d'affranchir. Ulpien dit en effet : « *Cæterum si alia mente id scripsit, ut puta quia consilium dabat heredi retinere talem servum : vel quia coercere voluit servum et cruciare, ne meliorem dominum experiatur : vel aliqua mente non tribuendæ libertatis animo : dicendum est, cessare libertatis præstationem*[6]. » Ces motifs odieux étaient respectés; seulement l'on présumait que le testateur voulait affranchir[7].

Enfin l'affranchissement pouvait être nul. La loi *Ælia Sentia* nous en a donné des exemples sur lesquels il est inutile de revenir.

L'esclave qui se faisait affranchir par violence n'acquérait pas la liberté[8]; Marc Aurèle avait prohibé les affranchissements faits par suite d'une acclamation populaire pour satisfaire la foule, par exemple, aux théâtres[9].

j. Des motifs religieux augmentèrent encore les affranchissements. Sous le Bas-Empire, du moment où les empereurs devinrent chrétiens, on rencontre des constitutions dont le but est de sauvegarder la foi d'un esclave chrétien.

[1] Paul, Digeste, *De manumiss.*, liv. XL, tit. I, loi 12.
[2] Code, liv. VII, tit. XII, loi 12.
[3] Paul, Digeste, *De manum.*, liv. XL, tit. I, loi 9.
[4] Marcien, Digeste, *Qui et a quibus manumiss.*, liv. XL, tit. IX, loi 9, § 2.
[5] Code, liv. VII, tit. XII, loi 2.
[6] Digeste, *De fideicomm. libert.*, liv. XL, tit. V, loi 24, § 8.
[7] Fin de la loi.
[8] Marcien, Digeste, *Qui et a quibus manum.*, liv. XL, tit. IX, loi 9.
[9] Paul, même titre, l. 17; Code, liv. VII, tit. II, loi 3.

En 335, d'après Constantin, sera libre l'esclave chrétien qui sera acheté et circoncis par un juif[1].

En 339, il redouble de rigueur contre les juifs, et prononce la peine de mort pour ce seul fait d'avoir circoncis l'esclave d'une autre religion ou d'une autre nation ; si le juif s'est borné à acheter l'esclave, le fisc a le droit de revendiquer l'esclave, et s'il se livre au commerce des esclaves chrétiens, tous ses biens sont confisqués[2].

En 415, Honorius et Théodose permettent aux juifs d'avoir des esclaves chrétiens, mais à condition que ces derniers pourront suivre leur religion, « *hac duntaxat conditione permissa, ut propriam religionem eos servare permittant.* [3] »

En 417 et 423, les mêmes empereurs, revenant sur leur décision, défendent aux juifs d'acquérir à titre gratuit ou onéreux des esclaves chrétiens : « *Nefas enim æstimamus, religiosissimos famulos impiissimorum emptorum inquinari dominio* [4]. »

Les rédacteurs du code de Justinien remaniant toutes ces constitutions, en insèrent une[5] sous le nom d'Honorius et Théodose, celle de l'an 417. Elle décide que le juif ne peut avoir, à quelque titre que ce soit, un esclave chrétien. Elle rappelle les peines édictées par Constantin contre le juif qui circoncirait l'esclave, et confère la liberté à ce dernier.

Le *Corpus juris civilis* indique à la suite de la constitution précitée, une autre d'après laquelle un païen, un juif, un samaritain, un hérétique ne pouvaient avoir pour esclave un chrétien ou un catéchumène. S'ils contrevenaient à cette défense, ils payaient 30 livres au trésor privé du prince, et l'esclave chrétien devenait libre[6].

Le recrutement du sacerdoce chrétien fut aussi une cause d'affranchissement. Sous Léon Ier et Anthemius, l'esclave, pour entrer dans le sacerdoce, devait être affranchi préalablement par son maître[7]; pour embrasser la vie monastique, la volonté du

[1] Code de Théodose, liv. XVI, tit. IX, loi 1.
[2] Même titre, loi 2.
[3] Même titre, loi 3.
[4] Même titre, lois 4 et 5.
[5] Liv. I, tit. X.
[6] M. Wallon, *De l'esclavage dans l'antiquité*, t. III, p. 444, l'attribue à Justin II.
[7] Code, liv. I, tit. III, loi 37, § 1.

maître suffisait ; tant que les esclaves persévéraient dans cette vocation, le maître ne pouvait réclamer aucun droit sur eux, mais dès qu'ils quittaient ce genre de vie, ils retombaient sous sa puissance [1].

Justinien dans la novelle 5, chapitre II, se demande d'abord si l'on peut admettre comme moines des esclaves, et il adopte l'affirmative : « *Eo quod omnes similiter divina susciperet gratia, prædicans palam, quia quantum ad Dei cultum, non est masculus, neque fœmina, neque liber, neque servus : omnes enim in Christo unam mercedem percipere.* »

Ces paroles, qui reproduisent presque textuellement la pensée de saint Paul, prouvent tout au moins que le christianisme inspira Justinien, le grand réformateur de l'esclavage.

Il soumit à un noviciat de trois ans les hommes libres comme les esclaves. Si pendant ce délai le novice était réclamé comme esclave et comme ayant cherché un asile pour quelque vol commis, on examinait l'accusation, et si elle était fondée, on remettait l'esclave à son maître, avec les objets volés s'ils se trouvaient au monastère, mais en exigeant du maître le serment qu'il ne ferait aucun mal à l'esclave, « *quia nihil mali ei faciet, et suscipere atque eum reducere domum.* »

Si au contraire le maître succombait dans cette preuve, l'esclave restait au monastère. Au bout de trois ans toute recherche contre les antécédents de l'esclave était défendue et tout était effacé : « *penitus non inquietari, migrantes ad communem omnium (dicimus autem cœlestem) dominum et arripiantur in libertatem ;* » toutefois on remettait au maître les objets qui auraient pu être dérobés.

Si l'esclave tentait de quitter le monastère pour rentrer dans la vie mondaine, il retombait sous la puissance de son maître.

Le chapitre de cette novelle respire le christianisme. Justinien parle d'un saint vieillard qui lui fit connaître les tentatives d'un maître contre un de ses esclaves devenu moine : « *Quod nuper ex Lycia nunciavit Zosimus Deo amabilis, vir famosissimus in conversatione, et prope vicesimum et centesimum ætatis agens annum, pollens autem et animi virtutibus, et corporis operationibus : tanta quædam in eo gratia Dei floret.* » N'y a-t-il pas là un

[1] Même titre, loi 38.

reflet des épîtres de saint Paul et des écrits des saints Pères, en un mot de cette aménité chrétienne qui fait le charme de la vie entre ceux qui participent aux mêmes croyances? Les grâces de Platon, de Cicéron, de Pline le jeune et d'autres génies si policés nous enchantent, mais sous ce style du Bas-Empire, trop ampoulé il est vrai, on retrouve le charme de la pensée vraiment chrétienne si supérieure à celle inspirée par le paganisme.

D'après la novelle 123, chapitre XVII, l'esclave qui au vu et su de son maître, recevait les ordres, devenait libre et ingénu. Si cette ordination avait lieu à l'insu de son maître, celui-ci avait un an pour réclamer ses droits; après ce délai, l'esclave était maintenu dans le sacerdoce et par conséquent dans l'état de liberté.

Mais voici ce qu'il y a de curieux et ce qui jette de la clarté sur l'histoire du temps. D'après le chapitre XV de cette novelle, l'empereur impose cinq ans de sacerdoce au membre et à l'employé de l'administration (*officialis*). Le colon était admis de suite au sacerdoce, mais à condition de continuer ses fonctions agricoles.

Si l'esclave quittait le sacerdoce, il retombait dans l'esclavage.

Dans le *corpus juris civilis*, on trouve la constitution 9e de Léon VI, qui, moins libérale que celle de Justinien, maintient dans l'esclavage l'esclave qui s'est fait ecclésiastique à l'insu de son maître; la constitution 11e applique même cette doctrine si l'esclave est parvenu à l'épiscopat; on disait que l'esclave était coupable d'un double vol, vol de la liberté et de la dignité [1].

B. *Prescription.*

On ne voit pas que, dans l'ancien droit romain, un individu qui eût eu la possession d'état d'homme libre pendant un certain temps pût invoquer en sa faveur la prescription pour échapper à l'esclavage, s'il était revendiqué comme esclave [2].

[1] M. Wallon, *De l'esclavage dans l'antiquité*, t. III, p. 454.

[2] On trouve bien des lois qui donnent un avantage à celui qui a joui de la liberté pendant un certain nombre d'années, mais ce sont là des cas exceptionnels. — Voir Digeste, Scevola, *De manumissis testamento*, liv. XL, tit. IV, loi 29. La décision est donnée *favore libertatis*; Paul, *Qui et a quibus manumissi*, liv. XL, tit. IX, loi 16, § 3.

Dioclétien et Maximien accordent la liberté à celui qui pendant vingt ans avait possédé sans interruption l'état d'homme libre[1]. Mais il fallait être de bonne foi pour invoquer cette prescription[2].

Constantin, en 331, réduit le délai à seize ans[3]; il exige expressément un juste titre qui confère la liberté.

Justinien, en insérant la constitution de Dioclétien et Maximien dans son Code, en est revenu au délai de vingt ans, probablement dix ans entre présents, vingt ans entre absents.

Pothier pense que le preneur de mauvaise foi de l'état d'homme libre avait même, au bout de trente ans, la prescription pour repousser la revendication dirigée contre lui.

Jamais, du reste, la possession d'état comme esclave d'un homme libre ne pouvait être invoquée contre ce dernier pour l'empêcher de réclamer la liberté. « *Sola temporis longinquitate,* avait dit Constantin, *etiam si sexaginta annorum curriculo excesserit, libertatis jure minime mutilari oportere, congruit æquitati*[4]. »

APPENDICE.

A côté des esclaves, on rencontrait dans le monde romain des personnes qui occupaient une position analogue.

a. Les individus *in mancipio* étaient *servorum loco*[5].

Quelles personnes étaient susceptibles de tomber *in mancipio*, sous cette puissance analogue à l'esclavage?

C'étaient les personnes libres, c'est-à-dire les enfants sous la puissance paternelle vendus par leur père à l'aide des formes de la mancipation[6]; la femme qui était sous la *manus* de son mari *loco filiæ* pouvait être ainsi mancipée par son mari, considéré comme son père[7].

1 Code, liv. VII, tit. XXII, loi 2.

2 Même titre, loi 1.

3 Code de Théodose, liv. IV, tit. VIII, loi 7.

4 Code, liv. VII, tit. XXII, ainsi intitulé : « *De longi temporis præscriptione, quæ pro libertate et non adversus libertatem opponitur.* » Loi 3.

5 Gaïus, Comm. I, § 123 et 138.

6 Gaïus, Comm. I, § 119.

7 Gaïus, Comm. II, §§ 117, 118.

Cette puissance remontait donc aux temps primitifs de Rome, alors que le père avait droit de vie et de mort sur ses enfants et pouvait disposer d'eux comme de sa chose (*sua res*).

Relation de la personne IN MANCIPIO, *et de celle qui avait la puissance.*

La première était *quasi esclave*, donc les principes qui régissaient les relations du maître et de l'esclave devaient recevoir leur application ; elle était pour le *quasi-maître* un instrument d'acquisition ; elle lui procurait droits réels de créance ou de possession [1] ; toutefois les textes modifient ces conséquences sous deux points de vue.

1° L'individu *in mancipio* institué héritier était bien *jure civili* héritier nécessaire, mais *jure prætorio*, il avait le bénéfice d'abstention et non pas seulement celui de séparation de patrimoines. Il évitait ainsi l'infamie qui l'eût atteint si les biens avaient été vendus en son nom, la vente ayant lieu au nom du défunt [2].

2° Le maître ne pouvait user du droit de correction outre mesure, autrement il était soumis à l'action d'injures [3].

La personne *in mancipio* était affranchie comme l'esclave par le cens, la vindicte et le testament [4].

Mais toutes les restrictions introduites par les lois *Ælia Sentia* et *Fusia Caninia* n'existaient pas dans ce cas [5].

Relations de l'individu IN MANCIPIO *avec les autres citoyens.*

Il était considéré comme libre et ingénu.

A l'égard de la cité. Le *mancipium* entraînait suspension des droits politiques.

A l'égard de la famille. Le mariage subsistait et les enfants naissaient, soit sous la puissance de l'aïeul qui avait mancipé le père, soit sous la puissance du mancipé lui-même, après son affranchissement [6]. Du moins, c'était l'opinion qui avait prévalu.

[1] Gaïus, Comm. II, § 90 ; Comm. III, § 163.
[2] Gaïus, Comm. II, § 160.
[3] Gaïus, Comm. I, § 141.
[4] Gaïus, Comm. I, § 138.
[5] Gaïus, Comm. I, § 139.
[6] Gaïus, Comm. I, § 135. M. Wallon, dans l'excellent ouvrage déjà cité, n'est peut-être pas très-exact en signalant la vente faite par le père comme une des sources de l'esclavage. — Voir t. II, p. 21. Il est vrai qu'à la

Cette puissance dut tomber en désuétude. Déjà, au temps de Gaïus, celui qui était *in mancipio* pouvait obtenir sa liberté en se faisant inscrire sur les tables du cens, malgré son maître [1].

Cette faculté n'était enlevée que dans deux cas :

1° Si le père avait mancipé son fils pour le faire arriver à l'émancipation.

L'enfant passagèrement *in mancipio* de l'acheteur ne pouvait devenir *sui juris* sans l'assentiment de son père, qui avait entendu se réserver le droit dérivant du *mancipium*, puissance qu'il substituait à la puissance paternelle pour affranchir l'enfant et devenir son quasi-patron.

2° Quand le père avait fait l'abandon noxal de son fils coupable d'un délit, le fils *in mancipio* ne pouvait obtenir sa liberté qu'après avoir gagné à son maître une somme égale au dommage qu'il lui avait occasionné [2].

C'étaient, du reste, au temps de Gaïus, les seuls cas où l'on rencontrât le *mancipium* [3].

Justinien, dans ses recueils, ne parle plus de cette puissance. D'une part, les pères ne pouvaient plus abandonner noxalement leurs enfants [4]; d'autre part, l'émancipation se faisait par une simple déclaration devant le magistrat, et toutes les anciennes formes avaient disparu [5].

Depuis Dioclétien, les pères de famille n'avaient pas le droit de vendre leurs enfants [6]; cependant Constantin permit encore de vendre ceux qui venaient de naître (*sanguinolentos*), mais « *propter nimiam paupertatem egestatemque* [7] ». Toute personne pouvait enlever l'enfant à son maître en lui remboursant la valeur ou en lui donnant un esclave en son lieu et place.

A part ce droit de vendre leurs enfants, les pères ne pouvaient les réduire en esclavage [8].

page 24, il reconnaît que le fils vendu était plutôt *en servitude* que *véritablement esclave*.

1 Comm. I, § 140.

2 Papinien, *Collatio legum mosaïc. et rom.*, II, III.

3 Comm. I, § 140-141.

4 Inst., liv. IV, tit. VIII, § 7.

5 Inst., liv. I, tit. XII, § 6.

6 Code, liv. IV, tit. XLIII, loi 1.

7 Code, même titre, loi 2.

8 Code Théodosien, liv. IV, tit. VIII, § 6; Code Justinien, liv. VIII, tit. XLVII, loi 10.

b. Certains auteurs indiquent les *nexi* comme des esclaves. Ceci mérite encore des distinctions.

On appelait *nexus* (de *nectere,* lier) le débiteur qui en empruntant de l'argent par la pesée (*per æs et libram*) engageait sa personne et ses biens. S'il ne payait pas, le créancier avait le droit de se saisir du débiteur et de ses enfants, de les entraîner dans l'ergastule, et de les faire travailler jusqu'à ce que la dette fût acquittée.

On n'est pas bien fixé sur la situation légale du *nexus*. On croit généralement qu'il était dans ses rapports avec le créancier *servorum loco*, mais il restait ingénu, ne perdait pas l'exercice de ses droits politiques, pouvait servir dans les armées romaines et voter dans les comices; il conservait aussi ses droits de famille et n'était que sous une servitude de fait.

Le *nexus* était ordinairement un plébéien soumis à la rigueur du patricien. Tite-Live nous raconte avec éloquence les drames dont Rome avait été témoin, et qui se terminèrent par l'abolition de *nexum* prononcée vers 425, par la loi *Pœtilia*. L'historien ajoute que, de ce moment, « *plebi romanæ velut aliud initium libertatis factum est, quod necti desierunt* [1]. »

c. Venait ensuite *l'addictus*. Quand un débiteur était condamné à payer une somme d'argent, il était dit *judicatus;* au bout de trente jours, le créancier avait le droit d'opérer la *manus injectio* sur ce débiteur ; il le conduisait devant le magistrat, qui à défaut de répondant (*vindex*), déclarait le débiteur *addictus*. Le créancier pouvait l'emmener dans sa prison [2].

Le créancier, dans le délai de soixante jours, devait conduire trois fois l'*addictus* sur la place publique un jour de marché; on proclamait la dette, en demandant si quelqu'un voulait payer pour le débiteur. Après le troisième jour, le débiteur pouvait être vendu comme esclave, *trans Tiberim*, afin de l'écarter de Rome et de ne pas émouvoir les autres plébéiens. Alors il perdait son ingénuité, et s'il était affranchi, il figurait dans la classe des affranchis. Tant qu'il était *addictus*, il n'était que *in servitute*,

[1] Tite-Live, liv. VIII, tit. XXVIII.

[2] Voir pour les détails, *Loi des douze Tables,* troisième table ; Aulu Gelle, *Nuits attiques,* liv. XX, tit. I ; Gaïus, Comm. IV, § 21.

esclave de fait, mais libre de droit, et s'il était affranchi à ce moment, il restait ingénu [1].

Le préteur ayant permis aux créanciers non payés de saisir les biens d'un débiteur, ils abandonnèrent la *manus injectio*, et les recueils de Justinien ne parlent plus de l'*addictus* [2].

Dioclétien avait déjà décidé que « *ob æs alienum servire liberos creditoribus jura compelli non patiuntur* [3]. »

d. Il faut encore signaler le *redemptus*, c'est-à-dire, le citoyen romain fait prisonnier par l'ennemi et qu'une personne rachetait avec l'intention de recouvrer les sommes avancées. Le *redemptus* recouvrait sa qualité d'homme libre avec toutes les conséquences, mais il restait en gage sous la puissance du *redemptor* jusqu'à ce que ce dernier fût désintéressé [4].

Théodose et Honorius, en 409, décidèrent que le *redemptus*, après avoir servi pendant cinq ans la personne qui l'avait rachetée, devenait libre, même s'il ne pouvait payer la rançon.

[1] Voir Quintilien, *Inst. oratoires*, VII, 3; V, 10; M. Bonjean, *Traité des actions*, vol. I, p. 402, soutient que l'*addictus* était esclave de plein droit après les soixante jours; cela paraît douteux.

Horace dit :

Nullius addictus jurare in verba magistri.
(Liv. I, épit. I, vers 14.)

Plaute : *Pœnulus*, vers 518.

Ne tuo nos amori servos tuos esse addictos censeas.

Même pièce, vers 705 et 719.

Duc ergo me intro, addictum tenes.

Vers 1288.

Ut me suspendam, ne addicar Agorastocli.

Vers 1308.

Quin egomet tibi me addico : quid prætore opus est?

Apulée (épisode de Psyché), « *Cui sors addixit.* » Martial, liv. IX, épigr. III. « *Dantur addictus..... cliens;* Claudien, *Sixième consulat d'Honorius*, vers 279. « *Addictusque reus.* »

[2] M. Wallon (t. II, p. 22 et suiv.) nous paraît avoir confondu le *nexus* et l'*addictus*; la loi *Pelilia* n'abolit que le *nexum*.

[3] Code, liv. IV, tit. X, loi 12.

[4] Voir au Digeste le titre *De captivis*, liv. XLIX, tit. XV.

CONCLUSION.

L'esclavage a été l'un des éléments les plus démoralisateurs des sociétés antiques, et cette étude juridique nous a confirmé dans cette vérité mise en relief par bien des écrivains[1].

Elle fortifie aussi en nous cette autre vérité, que le christianisme a réalisé par sa doctrine morale le but que n'auraient jamais atteint les plus grands génies de l'antiquité réduits à leurs forces naturelles. Le jour où la divine doctrine a pénétré le cœur des puissants et des maîtres, ce jour-là, c'en était fait de l'esclavage[2], et l'étude des réformes de Justinien nous a démontré à quelle source divine cet empereur s'était inspiré.

Montesquieu lui-même dit[3] : « Plutarque nous dit, dans la vie de Numa, que du temps de Saturne, il n'y avait ni maître ni esclave. Dans nos climats, le christianisme a ramené cet âge. »

Objectera-t-on, comme l'ont fait quelques esprits radicaux, que le christianisme a été bien long à proclamer l'affranchissement des esclaves ?

M. Wallon répond très-bien : « Cette parole destinée à gouverner le monde ne s'imposait pourtant point avec l'appareil du commandement. C'est au dernier rang que le Christ était venu pour appeler à lui tous les hommes, et il avait inauguré son règne en prenant la forme d'un esclave. L'établissement du christianisme ne produira donc point dans l'ordre social un brusque renversement des choses établies. En proclamant l'égalité des hommes, il en a placé le niveau hors des mesures de la terre. C'est devant Dieu que les hommes sont égaux ; c'est en Dieu que se trouve la source de la vraie liberté. Mais, pour en avoir en

[1] Voir, entre autres, l'ouvrage déjà cité tant de fois de M. Wallon, et les écrits où il combat avec chaleur les sophismes des partisans de l'esclavage, notamment ceux que faisait jadis valoir M. Granier de Cassagnac. Joindre Montesquieu sur l'esclavage des nègres, liv. XV, chap. v; quelle ironie!

[2] Beaumanoir était un écho de cette voix intérieure, quand il disait, (*Coutume de Beauvoisis*, chap. XLV) : « Mais par quelconque manière que les serfs soient venus, vous pouvez entendre que grande aumône fait le sire qui les ôte de servitude et les met en franchise, car c'est grand mal quand chrétien est de serve condition. »

[3] Liv. XV, chap. VII, *Esprit des lois*.

Dieu leur principe et leur sanction, ces vérités n'en doivent pas moins avoir leur application parmi les hommes, car, la doctrine évangélique est une parole de vie et veut être pratiquée. Le christianisme ne les abandonne pas seulement aux spéculations de la pure théorie, il ne les impose pas encore aux formes de la société, mais il les introduit en une région moyenne entre la théorie et l'application pratique : il les fait entrer dans les mœurs. C'est là que cette révolution, comme toute révolution légitime, doit s'accomplir avant de s'inscrire dans la loi [1]. »

Plus loin, le même auteur, se posant l'objection, dit : « Mais c'était peut-être soulever les esclaves, c'était le signal d'une lutte sanglante entre ces passions assez énergiques pour avoir résisté à tous les efforts de l'Eglise qui demandait, au nom de la foi, des concessions mutuelles. Les pères craignirent de jeter le monde dans cette confusion ; ils aimèrent mieux le conduire à la même fin, avec moins de péril et par un plus long détour : ils auraient craint de désespérer de la grâce. Ils attendirent donc, prêchant toujours la dignité des hommes, la charité, l'humilité, la douceur, la patience... Que celui-là leur jette la première pierre qui estime avoir fait plus qu'eux pour la liberté [2]. »

L'éloquent prédicateur de Notre-Dame dira aussi : « Si le christianisme ne comble pas en un jour tous les abîmes qui séparent les hommes, lui-même n'en créera aucun, et il tendra à combler, de jour en jour, tous ceux qu'a ouverts l'égoïsme païen, et un demi-siècle n'est pas écoulé, que déjà le monde entend ce cri qui retentit partout par le cœur de tous les vrais chrétiens, comme par le cœur de saint Paul : « Mes frères, vous « êtes tous un en Jésus-Christ Notre-Seigneur : *omnes vos unum « estis fratres in Christo* [3]. »

Plus loin : « Ah ! sans doute le christianisme, au jour de sa première apparition, n'a pas levé aux yeux des esclaves le drapeau de la guerre ; il n'a pas appelé tous les Spartacus de la servitude pour crier aux esclaves : « La force vous appartient, éten- « dez votre bras et frappez vos tyrans. » Jésus-Christ s'y est pris autrement : il a éveillé au cœur des esclaves le sentiment de la

[1] T. III, p. 2.
[2] T. III, p. 412.
[3] Père Félix, 1859, *Sixième conférence sur la fraternité chrétienne.*

dignité humaine ; il a détruit au cœur des maîtres tous les instincts du despotisme ; il s'est mis lui-même enfin, lui, Dieu et homme tout ensemble, dans le maître et dans l'esclave ; et il a fait accepter une parole qui, une fois comprise de l'un et de l'autre, devait faire tomber d'elles-mêmes les chaînes de la servitude ; cette parole était celle-ci : « Jésus-Christ est tout en tous : *Omnis in omnibus Christus.* Le Christ est votre vie, car la fraternité est consommée au centre de son propre cœur. »

Oui, et ce sera notre dernier mot : *Christus nos liberavit,* le Christ seul a pu faire disparaître, grâce à sa doctrine, la plaie de l'esclavage antique.

G. DE CAQUERAY,
Professeur de droit romain à la Faculté de Rennes.

NOTICE

D'UN MANUSCRIT DU GRAND COUTUMIER

CONSERVÉ A LA BIBLIOTHÈQUE DE ROUEN.

La *Revue* a déjà fait connaître six manuscrits du Grand Coutumier, à savoir : quatre de Paris, un de Troyes et un du Vatican. La bibliothèque de Rouen en possède un septième, dont la notice nous a été communiquée par M. de Beaurepaire, archiviste du département de la Seine-Inférieure.

Ce manuscrit, marqué E 97/54, se compose de 196 feuillets in-4°, sur papier. L'écriture est du quinzième siècle. Il provient de l'abbaye de Saint-Ouen. Sur une feuille de garde on lit, en écriture du quinzième siècle, ces mots : « C'est à Madame de Heuqueville, » et sur le premier feuillet *recto*, en écriture du dix-septième siècle : « Ce livre de divers Traictez de justice pratique et usages sur toutes sortes de matières, appartenant à dame Marguerite de Chastillon-sur-Marne et de la Ferté en Ponthieu, laquelle avoit espousé Pierre de Roncherolles, baron de Heuqueville, Pont de pierre de Maineville et de Roncherolles. Ils vivoient soubs le règne de Louis XI. »

C'est encore un texte nouveau qui se rapproche du manuscrit de Troyes en ce qu'il contient les chapitres relatifs à la procédure, formant le livre III du Coutumier imprimé.

R. Dareste.

Voici maintenant la table des chapitres :

Ordonnances sur le faict des eaues et forests.
Autres ordonnances faictes sur le fait des eaues et forests.
Qu'est justice.
Quelz sont les commandemens de droit.
Quest droit naturel.
Quest droit escript.
Quest droit non escript.
Des loys et des drois.

Quest droit commun.
Quest coustume de pais.
Qu'est us.
Qu'est stille.
La différence des commissions, supplications et rogas.
Qu'est prevosté, visconté de baillieue de Paris.
D'office de sergent.
Des adjournemens.
Des commissions.
Des essoines.
De donacion.
De caucion.
Des pleiges et plegeries.
De rey vendicacion.
De usucapion et prescripcion.
De prescripcion.
Des deffauls et contumaces en général.
Des deffaulx en action personnelle.
Des deffaulx en cas réels.
Des deffaulx sur appellacion.
Des appellacions et amendes.
Des jugemens nuls.
Des deffaulx.
Des appellacions.
Des excepcions et réplicacions en général.
Des excepcions déclinatoires.
Des excepcions dilatoires.
De adnulacion de lettres.
Des dilacions.
Des excepcions péremptoires.
Manière de procéder en cause d'héritage ou de propriété.
Sommacion.
De garand.
D'office de procureur en général.
D'office de procureur pour le demandeur.
D'office de procureur pour le deffendeur.
Ausquels procureurs il esconvient grace et ausquels non.
De l'office du juge.
Des arbistres.
De l'office d'advocat.
Les sermens que font les advocats et procureurs du Chastelet de Paris.
D'office de examinateur.
Des tesmoingnages et preuves.
Repproches de tesmoings selon le stille de Parlement.
Autres repproches de tesmoings.
Repproches sur lettres et instrumens.
Du nombre des gens de Parlement.

Du nombre des gens du Chastelet de Paris.
De la geole du Chastelet de Paris.
Instruction faicte à Saint-Denis en France sur la garde et gouvernement de la geolle.
Les drois du borrel de Paris.
Des deux lignes de consanguinité.
De succession.
De succession de fiefs entre nobles personnes.
Commant gens de religion ne viennent à succession.
De bénéfice des inventoire.
De testamens et de l'execucion d'iceulx.
De doaire.
De dons mutuels et autres convencions entre l'ome et la femme.
De société et compaignie et de acquérir communaulté de biens.
De consuetudine.
De privileige.
Des privileiges aux bourgois et habitans de Paris.
Du droit de patronnaige.
Des regales.
Des bourgoisies.
Dons mutuels.
Des privileiges aux bourgois de Paris.
De succession.
Des privileiges aux bourgois de Paris.
De saisine en général.
De saisine en censive.
De saisine en fief.
Coustumes de fiefs.
De saisine en censive.
Des privileiges des nobles.
De garde, de bail, et de mineurs, tuteurs, curateurs et baillisseurs.
De rachapt.
De franc alleu.
Le serment de féaulté que les prélas de France doivent faire.
Le serment et hommaiges que doivent faire les nobles.
Le serment de féaulté d'un aubain.
Le serment des Juifs.
De port d'armes.
De denonciation.
De acusation.
De injures.
De délicts.
Des peines civiles.
Des peines corporelles.
De procès criminels.
De bannissemens selon le stille du Chastelet de Paris.
De bannissemens selon le stille de Champaigne.

De forfaitures et confiscacions.

De asseurement.

De procès criminels.

Cy après s'ensuit aucunes bonnes questions, coustumes, raisons, oppinions et jugemens que feu maistre Jehan Jages, licencié en loix, advocat et conseillier du Roy notre Sire, à Chasteau-Thierry, dont Dieu ait lame, et (*sic*) mis en memoire par devers luy affin de advertissement.

De destournemens, de lever mortemains et de succéder par deux conjoincts au premier mort.

De destourner mortemains.

De destourner mortemains.

De succéder à gens indeuement manumis à tonssure.

De vendicion de fiefs.

De mortemains que prennent les gens d'église.

De douaire coustumier.

De dons mutuels.

De manumissions.

De vendicion de mortemains.

De privilegiis clericorum.

De don mutuel.

BIBLIOGRAPHIE.

LA JUSTICE ADMINISTRATIVE EN FRANCE ou *Traité du contentieux de l'administration*, par RODOLPHE DARESTE, avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation. 1 vol. in-8. Prix, 8 fr. Paris, Durand, libraire.

M. Serrigny, dans la préface d'un savant et curieux ouvrage où il a exposé et commenté les institutions politiques, administratives, économiques et sociales de l'empire romain [1], indique qu'il a entendu des légistes se poser la question de savoir s'il y a eu un droit administratif romain. On trouvera singulier que des hommes qui passent leur vie dans l'étude des lois puissent croire que dans une société civilisée, à côté des règles qui régissent les rapports des particuliers entre eux, il n'existe pas des principes pour régir les rapports aussi nécessaires des particuliers avec l'administration appelée à pourvoir aux besoins collectifs des membres de la société. Et, en effet, M. Serrigny n'a eu qu'à dépouiller le code Théodosien et le code Justinien pour y trouver un grand nombre de règles plus ou moins analogues à celles de notre droit administratif. Ainsi, on peut mentionner les pouvoirs attribués à l'autorité publique pour la garde et la conservation des chemins et des cours d'eau, en vue d'assurer la circulation publique et la navigation, les servitudes d'utilité publique, notamment celle qui est relative au chemin de halage, l'expropriation pour cause d'utilité publique, moyennant indemnité. Il faut encore citer les impôts directs et indirects, à savoir : d'une part, l'impôt foncier, réparti d'après un cens ou cadastre, dressé sur les déclarations des contribuables, l'impôt personnel et l'impôt des patentes ; d'autre part, les impôts sur les successions, sur les ventes mobilières, sur le sel, les droits de douane et les péages, et les droits d'octroi à l'entrée des villes ; on trouve même dans la législation romaine un système d'exonération du service militaire, que l'auteur compare à celui qu'a établi la loi du 26 avril 1855, mais qui avait, à notre sens, un caractère absolument différent, parce que le mode de recrutement lui-même était fort loin de ressembler à celui qui nous régit. Voilà donc

[1] *Droit public et administratif romain*, 2 vol. in-8, librairie Durand.

les principales règles du droit administratif romain retrouvées, et des travaux ultérieurs, que M. Serrigny lui-même appelle de ses vœux, pourront compléter ses curieuses recherches.

Il ne faut pas, toutefois, s'étonner outre mesure de la surprise qu'a pu causer à certains légistes la révélation de l'existence d'un droit administratif romain. Il n'y a pas bien longtemps que le droit administratif français lui-même est reconnu comme une science, et qu'il est étudié sérieusement par les légistes, absorbés exclusivement jusque-là dans l'étude du droit civil. Aussi les préjugés qu'avait fait naître la connaissance très-incomplète qu'on avait généralement de cette branche de notre droit ont-ils eu beaucoup de peine à disparaître.

L'existence d'une juridiction spéciale chargée de statuer sur les réclamations auxquelles peuvent donner lieu les actes de l'administration a notamment soulevé, à certaines époques, de très-vives objections. Sous la Restauration, des esprits passionnés n'y voulaient voir que l'arbitraire caché sous les apparences de la justice.

Des améliorations notables introduites dans le mode de procéder de cette juridiction ont calmé ses adversaires, et une étude plus attentive les a conduits à reconnaître que les principes libéraux n'exigeaient pas le sacrifice de cette institution, établie par l'Assemblée constituante de 1789 elle-même pour maintenir le principe de la séparation des pouvoirs. C'est en ce sens que se sont prononcées les chambres des députés et des pairs, sous le gouvernement du roi Louis-Philippe, et l'Assemblée constituante de 1848.

Mais dans les branches de connaissances qu'on a l'habitude de ranger sous la dénomination de sciences morales et politiques, il est bien rare qu'une question puisse être considérée comme définitivement résolue. Aussi pensons-nous que M. Rodolphe Dareste a bien fait de consacrer un livre spécial à la juridiction administrative, pour fournir à ceux qui voudraient l'apprécier les éléments d'une décision éclairée et pour indiquer, en outre, les perfectionnements qu'elle peut comporter.

M. Dareste a d'ailleurs largement traité son sujet : il étudie l'histoire de la juridiction administrative, son organisation actuelle, l'objet auquel elle s'applique, c'est-à-dire le contentieux de l'administration et sa procédure spéciale. Il compare la jus-

tice administrative, telle qu'elle est organisée en France, avec les différents systèmes adoptés dans les pays qui nous entourent pour juger les mêmes litiges, et ce n'est qu'après cet exposé si complet et si varié qu'il donne ses conclusions.

Plusieurs parties de son travail ont un véritable caractère de nouveauté et offrent, à ce titre, un intérêt particulier.

On sait quelle était la multiplicité des anciennes juridictions administratives qui existaient en France avant 1789 : chambre des comptes, bureaux des finances, cours des aides, élections, greniers à sel, juridictions forestières, amirautés, intendants, conseil d'Etat (nous en passons). L'histoire de ces diverses juridictions est savamment exposée, avec des détails que l'auteur a puisés soit dans la législation de cette époque et dans les ouvrages spéciaux à chacune de ces juridictions, soit dans des manuscrits déposés dans les bibliothèques publiques, et dont il a heureusement tiré parti. Le chapitre consacré aux intendants est particulièrement riche en documents pleins d'intérêt, extraits d'un mémoire manuscrit de M. d'Aube, maître des requêtes au conseil d'Etat, qui avait rempli les fonctions d'intendant à Caen et à Soissons. On y voit avec étonnement comment la juridiction des intendants, pour être la plus récente, n'en était pas moins devenue, au bout de peu de temps, l'une des plus étendues, et comment elle embrassait notamment le contentieux d'une partie des impôts directs et indirects, du service militaire, des travaux publics et de l'administration des communautés d'habitants. Toutes les décisions prises par l'intendant étaient d'ailleurs susceptibles d'appel devant le conseil d'Etat, dont les fonctions si diverses sont aussi habilement mises en lumière par M. Dareste.

Il est inutile d'insister auprès des lecteurs de ce Recueil pour leur signaler les mérites de ce travail d'érudition. Nous tenons seulement à faire remarquer que, pour traiter cette histoire avec une véritable autorité et donner à chaque détail la valeur que nous devons y attacher, l'auteur possède une qualité qui a manqué parfois à certains historiens de notre ancienne administration; c'est qu'il connaît bien l'organisation administrative moderne, et qu'il sait trouver les éléments d'une comparaison utile entre les deux régimes. Grâce à cette étude historique, nous pouvons apprécier tous les progrès qu'a faits la justice ad-

ministrative, toutes les garanties qu'elle donne aujourd'hui aux citoyens, et qui leur manquaient autrefois.

L'exposé des mesures successives prises pour la création et l'organisation de la juridiction administrative, depuis 1789 jusqu'à nos jours, est d'une netteté et d'une exactitude que nous voudrions pouvoir louer sans réserve. Que M. Dareste nous permette cependant d'exprimer le regret qu'il ait passé aussi rapidement sur les discussions auxquelles la juridiction administrative a donné lieu depuis quarante ans. Il nous semble qu'après être entré dans de si minutieux détails sur les juridictions antérieures à 1789, il eût été bon de ne pas se borner à indiquer les vives controverses qui se sont élevées sous la Restauration, et les débats parlementaires qui ont eu lieu sous le gouvernement de juillet et sous la République. Quelques citations empruntées à ces débats auraient, ce nous semble, utilement préparé, en les appuyant de leur autorité, les conclusions de M. Dareste.

Nous avons dit que l'auteur étudiait aussi la juridiction administrative dans l'objet auquel elle s'applique; c'est ce qu'indique le sous-titre de son livre : *Traité du contentieux de l'administration*. Qu'on ne croie pas cependant qu'il ait prétendu embrasser tout le droit administratif, ni même exposer d'une manière approfondie, sur toutes les matières qui peuvent donner lieu à un débat par la voie contentieuse, les principes avec leurs différentes applications, de façon à guider les administrateurs ou les justiciables dans la pratique des affaires. Un volume eût été bien loin de suffire pour cette tâche, et d'ailleurs tel ne pouvait être le but de l'auteur. S'il étudiait le contentieux de l'administration, c'était pour montrer comment fonctionnait la juridiction administrative, quelle était la nature des contestations qu'elle avait à trancher, quel était le caractère propre des principes du droit administratif. Son ouvrage, il le dit lui-même, et avec raison, est plutôt fait pour être lu que pour être consulté. C'est un travail théorique dans lequel il importe de mettre en relief les grandes lignes, au risque de sacrifier les détails.

Pour atteindre ce but tout spécial, M. Dareste a eu une heureuse pensée, qu'il a exécutée avec beaucoup de science et d'habileté. Il a réussi à faire entrer les principales règles du droit

administratif dans les cadres qui servent à la coordination des règles du droit civil. Et ce n'est pas seulement aux grandes divisions qu'il s'est attaché, comme l'a fait M. Batbie dans son *Traité de droit public et administratif*. Il a poussé ce système jusqu'au bout, en suivant à peu près l'ordre des chapitres du Code Napoléon.

Ainsi il traite successivement des personnes, de la propriété, des obligations en général, des différents contrats : vente, échange, concession, louage, prêt, dépôt et séquestre, mandat, des obligations qui résultent de l'autorité de la loi, des quasi-contrats, délits et quasi-délits, des transactions, du cautionnement, du nantissement, des priviléges et hypothèques, enfin des moyens d'exécution. Il a fallu réserver des chapitres spéciaux aux communes, départements et établissements publics qui ont une personnalité distincte de celle de l'Etat.

Le droit administratif ainsi présenté a une physionomie toute nouvelle, et pour l'exposer dans ce cadre, il a fallu en posséder une connaissance très-approfondie. Nous ne dirons pas qu'il fût bon de faire un traité pratique sur le même plan. D'abord bien des lecteurs pourraient être embarrassés de savoir dans laquelle de ces catégories il faudrait chercher telle matière dont ils voudraient connaître les règles. Ainsi c'est dans le chapitre consacré au louage que l'auteur a traité non-seulement des marchés passés pour l'exécution des travaux publics, mais aussi du contrat d'engagement volontaire au service militaire, qu'il considère comme une sorte de louage de services, puis du service des postes considéré comme entreprise de transport.

C'est dans le chapitre des quasi-contrats, sous la rubrique de la gestion d'affaires, qu'on trouve les règles relatives à la plus-value qui peut être réclamée du propriétaire d'un marais par le concessionnaire qui a fait les travaux nécessaires pour le dessécher, et les règles sur le curage des cours d'eau non navigables ni flottables. Nous ne contestons pas assurément ce qu'il y a d'ingénieux et même d'exact à la rigueur dans ces classifications ; nous nous bornons à exprimer la crainte que les recherches ne fussent souvent déroutées par un semblable système.

Ensuite, et cette critique aurait peut-être plus de gravité encore au point de vue pratique, les règles d'une même branche

de service public sont nécessairement fractionnées entre plusieurs chapitres. Ainsi les règles du service militaire se trouvent dans le chapitre des obligations imposées par l'autorité de la loi pour ce qui concerne le recrutement de l'armée, dans le chapitre du mandat et des fonctions publiques pour ce qui concerne l'état des officiers et les pensions, dans le chapitre du louage pour l'engagement volontaire. Nous pourrions citer bien d'autres exemples du même genre. Il y aurait là évidemment une gêne considérable pour l'étude méthodique des matières du droit administratif.

Toutefois le résumé de ce droit offert sous cette forme originale a une réelle utilité. Il y a peut-être encore des personnes qui ont conservé cette opinion assez répandue autrefois que le droit administratif ne mérite pas le nom de science, parce qu'il n'est pas renfermé dans un code analogue au Code Napoléon, et qui le considèrent comme un amas confus de prescriptions arbitraires ou de règles de conduite à l'usage des fonctionnaires dont on pourrait à peine extraire quelques principes généraux. A celles-là, M. Dareste montre, ne fût-ce que par les cadres de son exposé, que le droit administratif a une série de principes qui peuvent sans trop de peine se rapprocher des règles du droit civil.

Il y a peut-être d'autres personnes qui sont disposées à penser que les contestations qui composent le contentieux administratif pourraient sans difficulté être jugées par les tribunaux civils. A celles-là, M. Dareste fait voir que les besoins de l'ordre social et la situation de l'administration dans ses rapports avec les citoyens ont exigé l'établissement de règles exceptionnelles qui dérogent au droit civil ; qu'ainsi, dans beaucoup de cas, l'esprit des deux législations n'est pas le même. D'où l'on est amené à conclure que l'une ou l'autre risquerait d'être mal appliquée, si le même juge devait changer ses habitudes d'esprit et son point de vue selon la nature des contestations qu'il aurait à résoudre.

Enfin à tous ceux qui s'occupent du droit administratif, le livre de M. Dareste peut donner à réfléchir sur le mérite des règles posées par la législation administrative et par la jurisprudence elle-même dont il présente ordinairement le dernier état, mais d'une manière un peu trop sobre et trop succincte. En effet,

dans son résumé, qui est nécessairement assez rapide, l'auteur discute peu, surtout les questions de détail, mais il fait souvent sur les principes généraux des observations judicieuses fortifiées par une comparaison de la législation française avec celle des pays étrangers. Il fait même quelques excursions dans le droit administratif romain, sur lequel il donne parfois des indications que nous croyons n'avoir pas trouvées dans l'ouvrage spécial de M. Serrigny cité au début de cet article. La science du droit administratif ne peut que gagner à voir ainsi s'élargir son horizon, et s'il y a certaines règles dont l'existence pourrait être compromise par ces comparaisons, nous sommes convaincu, et c'est aussi l'opinion de M. Dareste, que le plus grand nombre d'entre elles n'en seraient que mieux justifiées [1].

Quant à la procédure suivie devant les juridictions administratives, procédure simple, dégagée d'incidents, donnant aux parties les garanties essentielles, M. Dareste signale ses mérites et ses défauts en homme d'expérience. Il trouve peu de reproches à faire à la procédure établie devant le Conseil d'Etat. Il demande des réformes pour la procédure suivie devant les conseils de préfecture et devant les ministres. Il a déjà été donné une satisfaction partielle à ses vœux par le décret du 30 décembre 1862, qui établit la publicité des audiences des conseils de préfecture, et par le projet de loi présenté au Corps législatif dans le cours de la dernière session.

Nous avons hâte d'arriver à la conclusion de ce livre, conclusion donnée, on le voit, en pleine connaissance de cause.

M. Dareste se prononce formellement pour la nécessité d'une juridiction administrative spéciale. Et il n'est pas suspect ; selon lui, « on ne saurait nier que la justice administrative ne soit une invention du despotisme, car c'est avec l'empire romain qu'elle a paru pour la première fois dans le monde. »

Mais, ajoute-t-il, « est-ce à dire que la France moderne doive repousser la justice administrative comme incompatible avec la

[1] M. Dareste n'est pas le seul écrivain qui soit entré dans cette voie. M. Batbie publie en ce moment un ouvrage considérable, un *Traité de droit public et administratif*, qui doit avoir sept volumes, et dans lequel la législation des pays étrangers est constamment rapprochée de la législation française.

liberté ? Non assurément, et tout en avouant ce qu'elle a été au début, nous ne devons pas méconnaître ce qu'elle est devenue. »

Qu'on nous permette ici de reproduire les passages les plus saillants de l'opinion de M. Dareste sur ce point. Aussi bien, on comprendra que nous nous soyons appliqué à éviter de prendre la parole pour établir les mérites d'une juridiction à l'exercice de laquelle nous avons l'honneur d'être associé.

« Sans méconnaître les différences qui existent entre la justice administrative et la justice ordinaire (c'est M. Dareste qui parle), on peut donc dire qu'en réalité le conseil d'Etat au contentieux n'est autre chose aujourd'hui qu'une *cour de justice*, un tribunal spécial, il est vrai, mais enfin un tribunal offrant tous les avantages des tribunaux spéciaux, une meilleure expédition des affaires, jointe à une procédure plus rapide et moins coûteuse. »

La nécessité de cette juridiction lui paraît évidente au point de vue pratique pour le jugement de litiges qui donnent lieu à l'application d'une législation dont le caractère est tout spécial. « Elle n'est pas moins nécessaire, dit-il, au point de vue politique ; car, chose remarquable, la justice administrative, qui est une invention du despotisme, est devenue avec le temps une garantie constitutionnelle contre les abus de l'administration. Dans tous les pays où il existe un pouvoir administratif, hiérarchiquement organisé, avec toutes les ressources de la centralisation et ces innombrables armées de fonctionnaires que nous voyons dans tous les Etats du continent (on voit que l'auteur n'épargne pas les critiques à nos institutions), la justice administrative est assurément la garantie la plus efficace qui puisse être donnée à l'administré contre l'administrateur. Ce n'est pas seulement la plus efficace, c'est la seule qui puisse être donnée. »

Nous croyons pouvoir dire que ceux qui ont étudié avec quelque attention la jurisprudence du conseil d'Etat et qui ont vu le parti qu'elle a su tirer de la loi des 7-14 octobre 1790 pour la répression des excès de pouvoir commis par les agents de l'administration, partageront l'avis de M. Dareste.

Mais on oppose que plusieurs des pays qui nous environnent ne connaissent pas la justice administrative : on cite l'Angleterre et la Prusse, on pourra bientôt peut-être citer l'Italie, si le Sénat adopte à son tour la loi qui vient d'être votée dans le cou-

rant du mois de juin dernier, par la Chambre des députés de Turin. On ajoute que d'autres pays ont réduit sa compétence à un petit nombre de questions : on cite la Belgique et la Hollande.

Nous avouons que, pour notre part, nous sommes fort peu disposé à considérer une institution comme bonne en soi, encore moins à la considérer comme applicable à la France, par cela seul qu'elle fonctionne dans un pays étranger. Pour bien juger les institutions politiques et administratives d'un pays, il faut les voir dans le milieu où elles fonctionnent, il faudrait de plus savoir si la pratique n'a pas révélé d'inconvénients.

Ainsi, quant à l'exemple de l'Angleterre, il n'a aucune autorité pour nous, non plus que pour M. Dareste. Si l'Angleterre n'a point de juridiction administrative, c'est qu'elle n'a pas, à proprement parler, d'autorité administrative; c'est aussi que la justice y est organisée d'une manière toute différente de l'organisation française. Comment, dans ces conditions, peut-on faire des comparaisons entre les deux pays? Tout se tient et s'enchaîne dans une organisation politique et administrative. On ne peut pas, à son gré, détacher une partie du système pour l'introduire dans un système complétement différent.

Quant à la Prusse, on y a établi une organisation toute autre que celle de l'Angleterre. Car, en Prusse, la hiérarchie administrative est organisée comme en France. Une partie des affaires, qui dans notre pays sont portées devant la juridiction administrative, sont soumises là aux tribunaux civils. Mais en revanche, l'autre moitié n'a plus de juge, et la simple pétition a été substituée au recours par la voie contentieuse. Ainsi, l'administration est seule juge des réclamations en matière d'impôts. Est-ce un pareil système qu'on pourrait établir dans notre pays, où chaque contribuable attache tant d'importance au droit de réclamer la décharge ou la réduction d'un impôt indûment assis ou trop élevé?

Le système adopté par la Chambre des députés de Turin diffère encore des deux systèmes précédents, si les renseignements que nous avons reçus sont exacts. A une législation toute semblable à la nôtre, et qui avait même étendu plus que la nôtre le domaine de la juridiction administrative[1], il substituerait d'une manière

[1] Il faut dire toutefois que, en Toscane, le contentieux administratif ne

absolue la compétence des tribunaux civils pour toutes les réclamations soulevées par les actes de l'administration, sauf les contestations relatives aux pensions des fonctionnaires, à la comptabilité publique et aux emprunts contractés par l'Etat. Mais ne peut-on pas attribuer ce brusque changement de législation à un besoin quelque peu factice de réformes radicales, né de la situation particulière du royaume d'Italie? Et n'a-t-on pas, dans un but tout politique, sacrifié l'ancienne organisation à des préjugés mal fondés?

Nous croyons, malgré ces exemples d'un système différent, pouvoir dire, avec M. Dareste, que « ce serait faire fausse route que d'attaquer, au nom des principes libéraux, la justice administrative. »

Au surplus, les garanties spéciales que les citoyens trouvent dans cette juridiction, et particulièrement dans le conseil d'Etat, qui remplit à la fois le rôle de Cour d'appel unique pour tout l'empire et de Cour de cassation, sont appréciées à leur juste valeur par tous ceux qui ont eu quelque occasion d'y recourir. M. Dareste se trouve d'accord sur ce point avec les esprits les plus éclairés et les plus indépendants. Nous sommes heureux de voir une cause qui nous est chère défendue avec le savoir et l'habileté dont il a fait preuve, et nous renvoyons avec confiance à son remarquable ouvrage tous ceux qui douteraient encore de l'utilité et des mérites de la juridiction administrative.

LÉON AUCOC,
Maître des requêtes au Conseil d'Etat.

Histoire du Sénat de Savoie et des autres compagnies judiciaires de la même province, par EUGÈNE BURNIER, juge au tribunal de Saint-Jean de Maurienne. Grand in-8°. Prix, 8 fr. Paris, Durand, 1864.

Parmi nos grandes compagnies judiciaires, aucune ne mérite aujourd'hui de fixer plus sérieusement l'attention des historiens

comprenait que les contestations relatives aux marchés de travaux publics et à la libération de certaines servitudes imposées aux terres situées dans les maremmes. Mais ce que nous indiquons était exact pour le Piémont, la Lombardie, l'ancien royaume des Deux-Siciles, et les provinces détachées des Etats de l'Eglise, c'est-à-dire pour la plus grande partie du royaume d'Italie.

et des jurisconsultes que la Cour impériale de Chambéry. Dernière venue parmi nous, elle a eu, plus qu'aucune autre, à traverser des phases nombreuses qui ont successivement modifié son nom, sa nationalité et sa législation. Depuis le jour de son origine, pendant des siècles où le principe de la séparation des pouvoirs de l'ordre judiciaire et de l'ordre administratif n'existait pas encore, elle s'est trouvée, comme nos Cours de judicature françaises, mêlée aux événements politiques et religieux, et elle a subi de plus le contre-coup de tous les projets ambitieux qui poussaient vers l'Italie les princes de notre ancienne monarchie. Son histoire se confond avec celle de l'illustre et antique maison de Savoie, dont elle partage les triomphes comme les revers ; sa législation est marquée d'empreintes très-diverses qui attestent la variété de ses origines et doit, en un siècle où les idées de philosophie du droit et de droit comparé sont en honneur, attirer vers elle les philosophes et les juristes. Il y a donc là une mine féconde à exploiter de sujets aussi variés qu'intéressants.

Au lendemain de l'annexion de la Savoie, au mois de novembre 1860, la Faculté de droit de Grenoble, se plaçant au point de vue qui lui appartient tout naturellement, s'adressait à ses docteurs et provoquait des travaux sur les principales questions de droit civil que soulève en Savoie le passage de la législation sarde à la législation française. Plus récemment encore, au mois de novembre dernier, elle appelait l'attention de ses élèves sur les *albergements*, une des institutions les plus considérables de cette province. Mais il est des œuvres qui échappaient à sa compétence, qui devaient s'accomplir cependant, si la Savoie voulait marcher sur un pied d'égalité avec nos anciennes provinces, et au premier rang desquelles se plaçait l'histoire externe des compagnies judiciaires de ce pays. — C'est ce travail qu'un magistrat savoisien, M. Eugène Burnier, a récemment entrepris.

L'*Histoire du sénat de Savoie*, si on la dégage des détails trop nombreux que l'auteur a accumulés dans son œuvre, sans en augmenter l'intérêt, se rapproche sur plus d'un point de celle des Parlements français. — A l'origine, c'est une Cour de justice ambulatoire, qui tient çà et là ses assises, et à la recherche de laquelle les parties intéressées sont obligées de courir. — Plus

tard, au quatorzième siècle, le comte Aymon veut qu'elle soit sédentaire et lui assigne pour siége la ville de Chambéry. — Deux siècles après, en 1536, lorsque François Ier est maître de la Savoie, une Cour de Parlement, semblable à nos Cours françaises, succède au Conseil résident. — Enfin, en 1559, lorsque le traité de Cateau-Cambrésis remet le duc Emmanuel-Philibert en possession de ses Etats, le Parlement cède la place au sénat de Savoie, qui, sauf de légères interruptions occasionnées par les vicissitudes de la guerre, a subsisté jusqu'en 1848, époque où il devint une simple Cour de justice sarde.

Si nous examinons les tendances de cette compagnie, nous rencontrons aussi les mêmes petitesses, les mêmes désirs, les mêmes aspirations. — Elle est ambitieuse de priviléges et d'honneurs, ceux qu'elle obtient ne la laissent point indifférente ; et malheur à celui qui portera la main sur ses prérogatives, qui voudra la dépouiller de ce qu'elle considère comme un droit naturel et incontestable. — Il ne lui suffit pas de se renfermer dans le cercle de ses attributions judiciaires, et elle ne dédaigne point d'empiéter sur le domaine des intérêts religieux et politiques de la province. — En même temps qu'elle défend avec fermeté les priviléges et les franchises du pays contre les envahissements de la cour de Rome, elle se pose en gardienne sévère des intérêts de l'orthodoxie que menace une ville voisine, et son intolérance se manifeste par de sanglantes condamnations. Elle poursuit de ses rigueurs ceux qu'elle accuse de sorcellerie, et sur lesquels la foule fait peser la responsabilité des maux qui parfois désolent le pays. — Elle ne se borne pas à donner des conseils au souverain ; elle lui adresse des remontrances, et parfois méconnaît ses ordres, jusqu'à ce qu'une lettre de jussion ou un lit de justice fasse cesser sa résistance.

Cette indépendance des magistrats, cette promptitude de rébellion aux ordres des grands quand l'intérêt de la justice leur semble lésé, apparaissent comme un des caractères principaux de l'ancienne magistrature. Mais elles étaient encore plus honorables en Savoie qu'en France. Chez nous, le magistrat était propriétaire de son office qu'il avait largement payé ; à Chambéry, la volonté du duc pouvait à chaque instant renverser le sénateur de son siége, qu'il tenait seulement de la générosité du prince. — Les ducs de Savoie, c'est une justice qu'on doit leur

rendre, n'abusèrent point du pouvoir qui résidait entre leurs mains. Presque toujours ils accueillaient avec déférence les observations de leur sénat; parfois même ils les provoquaient. C'est dans ce corps qu'ils choisissaient leurs conseillers habituels et leurs défenseurs près des Cours voisines, convaincus avec raison que ceux qui se passionnaient ainsi pour la défense du bon droit seraient, au jour du danger, les plus fermes appuis du trône. — Mais la menace n'en restait pas moins suspendue sur la tête des sénateurs, sans les arrêter, sans les effrayer.

Parmi les mesures auxquelles ils se montraient toujours hostiles, on doit surtout signaler celles qui tendaient à augmenter leur nombre et à introduire dans leur compagnie des hommes dont ils n'avaient pu contrôler ni le mérite, ni la science. Dans nos Cours françaises, le nombre des magistrats était vraiment prodigieux, et ne pouvait s'expliquer que par le désir de multiplier les charges et d'accroître ainsi les revenus du Trésor public. La vénalité des offices et leur multiplicité, c'étaient là deux obstacles au bon recrutement de la magistrature. La science et la fortune ne marchent point toujours unies, et les grandes intelligences sont malheureusement trop rares. — Le Sénat échappa à ce double danger, et c'est par là surtout qu'il se distingue de nos anciens Parlements.

Nous trouvons là l'explication du grand nombre d'hommes éminents qui siégèrent dans son sein, et qui presque tous ont marqué et laissé un nom dans leur pays. L'histoire générale, obligée d'écarter beaucoup d'illustrations de second ordre, n'a pu enregistrer leurs services. Leur gloire s'est d'ailleurs effacée pour mettre plus en relief encore deux de leurs collègues : Louis Milliet, premier président du Sénat, qui, après avoir été le meilleur conseiller d'Emmanuel-Philibert, mourut grand chancelier de Savoie, et surtout Antoine Favre, un des plus grands jurisconsultes dont l'histoire du droit ait gardé le souvenir, qui perpétuait glorieusement, au commencement du dix-septième siècle, les traditions de ses maîtres, les Doneau, les Cujas, les Govéa, l'honneur des Ecoles de France. Lui aussi, il aurait voulu, à leur exemple, se consacrer tout entier à l'enseignement et vivre éloigné des fonctions publiques. Premier président du Sénat, il jetait souvent, c'est lui qui le déclare, un regard d'envie sur le sort de ceux qui, dans une grande ville,

professaient la science des lois. Mais la nature ne lui avait point donné les forces que réclame cette grande et pénible mission, et il était devenu le modèle des magistrats comme il eût été le modèle des maîtres. Sa réputation était universelle, et quand il vint à Paris avec son ami, qui avait failli devenir son collègue, le saint évêque de Genève, François de Sales, la foule s'assemblait pour contempler l'homme qui avait publié tant d'ouvrages. Il raconte lui-même avec bonhomie qu'un jour il fut admis en présence du roi Louis XIII, et que l'enfant, entendant prononcer son nom, s'écria : « Est-ce là le Favre dont on parle si souvent? » —« *Hic ne Faber est de quo tam multa?* »—L'ancienne magistrature française chercherait en vain dans ses annales un homme qui pût lui être comparé.

C'est l'histoire de cette illustre assemblée que M. Burnier vient de retracer en partie. Son travail s'étend jusqu'à l'occupation de la Savoie par les troupes de Louis XIII, à la nomination du jurisconsulte dauphinois Claude Expilly comme président du Sénat, et à la mort de Charles-Emmanuel Ier. Le seul reproche que nous puissions lui adresser, c'est d'être trop scrupuleux, de ne nous avoir fait grâce d'aucun de ces détails qui auraient pu être passés sous silence dans l'intérêt même du lecteur, comme, par exemple, le récit des procès que le président Favre pouvait avoir relativement à l'allée de sa maison. Mais c'est une étude consciencieuse, appuyée sur des documents d'une incontestable autorité, et qui, si nos renseignements sont exacts, a valu déjà à son auteur une distinction conférée par l'héritier du sang et des projets d'Emmanuel-Philibert, le roi Victor-Emmanuel.

E. CAILLEMER,
Professeur agrégé à la Faculté de droit de Grenoble.

DE

LA CONDITION DES ENFANTS ILLÉGITIMES

DANS

L'ANCIEN DROIT FRANÇAIS.

Dans l'ancienne France, les enfants illégitimes portaient le nom de *bastards* ou *bâtards*. — Cette expression vient, suivant de Laurière [1] et M. Michelet [2], des mots bretons *baz*, peu élevé, et *tardd*, germer, sourdre. De là sont venues, selon M. Michelet, les locutions usitées : *Fils de bas, de bast, frère de bas*, etc. Les auteurs du Nouveau Denizart définissent le bâtard de la manière suivante : « Le bâtard est un enfant né de deux personnes qui ne sont point unies par un mariage légitime. Cette dénomination est donnée par opposition à celle d'enfant légitime, que l'on donne aux enfants nés d'un mariage solennel. Quelquefois on appelle les bâtards enfants naturels, comme pour dire qu'ils ne tiennent à ceux dont ils sont issus que par la nature ; au lieu que les enfants légitimes tiennent à leurs parents par les liens de la loi en même temps que par les liens de la nature [3]. » — « Bâtards, dit d'Aguesseau [4], est un terme générique, qui comprend toutes les différentes espèces d'enfants nés hors mariage. »

On ne distinguait plus dans notre ancien droit, comme on le faisait en droit romain, les enfants nés de rapprochements fortuits et ceux nés du concubinat ; car le concubinat, grâce au progrès de la civilisation, avait perdu toute existence légale et fait place au concubinage, union également réprouvée par les mœurs et la législation. Bien que contraire à l'esprit du chris-

[1] Voir son *Glossaire*, v° BASTARD, où il indique aussi d'autres étymologies.

[2] *Origines du droit français*, loi 1, chap. III (p. 68).

[3] *Nouveau Denizart*, v° BATARD, § 1, n. 1.

[4] *Dissertation sur les bastards*, in principio. (OEuvres complètes, t. VII, p. 381.)

tianisme, condamné notamment par saint Augustin dans sa 49e homélie, le concubinat avait eu d'abord la sanction du droit canonique; ainsi, le 17e canon du concile tenu à Tolède, en l'an 400 de l'ère chrétienne, défend de refuser la communion à l'homme non marié qui vit avec une concubine[1], et Isidore de Séville, dans son ouvrage *De distantia novi et veteris Testamenti*, décide qu'il est permis d'avoir une concubine à défaut d'épouse légitime. Ces deux décisions sont rapportées, avec le passage de saint Augustin, dans le Décret de Gratien, qui est le premier recueil officiel de droit canonique[2] et qui forme la première partie du *Corpus juris canonici*. Il n'est donc pas étonnant de voir le concubinat admis dans le droit laïque de la même époque. Les capitulaires le reconnaissent et distinguent avec soin la concubine de l'épouse : *Non omnis mulier viro juncta uxor est viri... aliud est uxor, aliud concubina*[3].

C'est seulement dans la collection de décrétales du pape Grégoire IX que l'on trouve des décisions canoniques ayant un caractère législatif qui abolissent le concubinat, en défendant toute union charnelle hors mariage. — Cependant, s'il faut en croire Cujas[4], le concubinat se serait maintenu jusqu'à son époque chez les Basques et les habitants des Pyrénées, de même qu'il a subsisté longtemps dans l'ancien droit espagnol[5]; mais c'est la dernière trace qu'on en puisse trouver en France, et elle paraît avoir complétement disparu dans le dernier état de notre ancienne jurisprudence.

L'expression romaine *liberi naturales* avait été conservée par le droit canonique tant qu'il continua de tolérer le concubinat. On en lit la définition suivante dans le Décret de Gratien : *Liberi naturales dicuntur ingenuarum liberarum filii, quos sola natura genuit, non honestas conjugii*[6]. Cette expression ne se retrouve plus aux décrétales, et les enfants illégitimes y sont qualifiés de

[1] « Is qui non habet uxorem, et pro uxore concubinam habet, a communione non repellatur. »

[2] *Decret. grat.*, I pars, dist. XXXIV, can. 4, 5 et 6.

[3] *Capit.*, loi 7, cap. LIX (Canciani, *Barbarorum leges antiquæ*, vol. III, p. 312).

[4] *Recit. solemnes ad tit. Cod., De concubinis.*

[5] Voir M. Kœnigswarter, *Essai sur les enfants nés hors mariage* (*Revue étrangère et française*, t. IX, p. 469 et suiv.).

[6] *Decret. grat.*, II pars, causa XXXII, quæst. 4, cap. XV, pr.

spurii, filii ex fornicatione nati[1]. Ces enfants étaient incapables d'être promus aux ordres sacrés, à moins qu'ils n'obtinssent une dispense du pape, ou qu'ils ne fussent moines ou chanoines réguliers; la dispense seule leur permettait de posséder des bénéfices. Ils étaient exclus de la succession paternelle, comme le déclare formellement la décrétale de Célestin III, qui forme le chapitre x, *Qui filii sint legitimi;* et, bien qu'aucun texte précis ne décide de même pour la succession maternelle, « il semble, dit d'Aguesseau dans sa dissertation sur les bâtards[2], que l'esprit du droit canonique est aussi de les exclure du bien de leurs mères. » En revanche, les canons, plus équitables que la Novelle 89 de Justinien, accordaient à tous les enfants illégitimes, même à ceux nés *ex nefario coïtu*, le droit de réclamer des aliments à leurs père et mère[3].

Ces différentes décisions du droit canonique n'ont pas été sans influence sur la jurisprudence française, dont nous allons retracer sommairement le développement historique relativement à la condition des enfants illégitimes.

C'est une question assez délicate que de savoir si la distinction de ces enfants et des enfants légitimes existait dans la législation franque dès l'époque de l'invasion ou dès les premiers temps qui l'ont suivie.

M. Pardessus s'est prononcé pour l'affirmative, mais d'une manière dubitative, dans son ouvrage sur la loi salique[4] : « La différence que presque partout les législations ont faite entre les enfants nés en mariage et les enfants nés hors mariage, toujours connue en France jusqu'en 1793, qu'elle fut abolie temporairement, était *probablement* admise dans la législation des Francs.» —Comme raisons de douter, on peut dire d'abord que cette distinction ne semble pouvoir appartenir qu'à des législations plus avancées que celle des Francs ne l'était alors, et, d'autre part, qu'elle n'est pas mentionnée par les anciennes éditions de la loi salique[5].

[1] *Decretalium greg.*, loi 1, t. XVIII, cap. v ; t. XVII, cap. I et V.

[2] P. 401.

[3] *Decretalium greg.*, loi 4, t. VII, cap. V, *in fine.*

[4] P. 698.

[5] Voir M. Fernand Desportes, *Essai historique sur les enfants naturels* (Paris, Durand, 1857), p. 89.

Mais à la première considération, on peut répondre que cette distinction existait chez les Hébreux, à une époque où leur civilisation n'était pas plus perfectionnée que celle des Francs du temps de Clovis [1]. Quant à la seconde, il ne faut pas perdre de vue que les textes primitifs des lois barbares ne peuvent, en raison de leur brièveté et de leur rédaction fort imparfaite, être considérés comme contenant tout le droit des populations germaniques auxquelles ils se rapportent plus spécialement. Le silence des premiers textes de la loi salique ne doit donc pas être tenu pour une preuve certaine de l'inexistence de la distinction qui nous occupe. Et ce qui semble prouver qu'elle existait en effet, c'est que les lois barbares nous présentent une autre distinction qui a la plus grande analogie avec celle-là. Ces lois défendaient aux personnes de conditions inégales de contracter mariage, et sanctionnaient cette défense, soit par des pénalités contre les époux, soit par des incapacité infligées aux époux ou aux enfants nés de ces unions. Ainsi chez les Saxons, dont la population était divisée en quatre classes, nobles, ingénus, affranchis et serfs, on tuait l'homme qui avait épousé une femme d'un rang plus élevé que le sien [2]; chez les Bourguignons, la femme ingénue qui épousait un serf encourait la mort, ou, si ses parents lui en faisaient grâce, le servage [3]; chez les Francs Saliens, l'ingénue qui suivait volontairement un serf du roi ou un *litus*, perdait sa qualité d'ingénue, et l'homme ingénu qui épousait l'esclave d'autrui devenait esclave comme elle [4]; l'ancien droit des Ripuaires, celui des Frisons et celui des Visigoths contenaient des dispositions semblables, et même plus sévères [5]; quant aux enfants nés de pareilles unions, ils étaient déclarés serfs et privés du droit de succéder à leurs auteurs : *ex tali enim consortio filios procreatos constitui non oportet heredes,* disait la loi des Visigoths [6]. Puisque les textes de l'époque constatent une pareille

[1] Voir *Deutéronome*, chap. XXIII, vers. 2.

[2] V. Eginhard, *Apud Adam. Bremens.* (*Hist ecclésiast.*, liv, I, cap. IV).

[3] *Lex Burgund.*, t. XXXV, §§ 2 et 3 (Canciani, t. IV, p. 23).

[4] Loi salique (*Pactus legis salicæ antiquior*), t. XIV, §§ 8 et 11 (Canciani, t. II, p. 39).

[5] *Lex Rip.*, t. LVIII, §§ 15 et 16; *Lex Frision.*, t. VI; *Lex Visigoth.*, loi 3, t. II, § 2 (Canciani, t. II, p. 312; t. III, p. 10; t. IV, p. 91).

[6] Loi 3, t. II, § 2; voir aussi *Loi des Bavarois*, t. XIV, cap. VIII (Canciani, t. IV, p. 91; t. II, p. 383).

différence parmi les enfants nés du mariage[1], ne peut-on pas dire qu'à plus forte raison il en existait une entre les enfants nés du mariage et ceux nés hors mariage ?

Cette induction est fortifiée par les monuments de l'ancien droit lombard. Il est reconnu que les règles écrites dans l'une des lois barbares doivent être considérées comme tacitement admises par les autres qui ne renferment pas de dispositions sur le même point. Or, la distinction dont nous parlons est énoncée de la manière la plus nette par l'édit de Rotharis, la plus ancienne loi écrite des Lombards. Le *liber legitimus* ou *fulboran* est opposé au *liber naturalis;* celui-ci est admis à la succession de ses père et père, même en concours avec les enfants légitimes; mais alors il ne prend que la moitié de ce que prend chacun de ses frères plus favorisés par la naissance, et il ne peut pas leur être assimilé sans leur consentement exprès[2]. Plus tard la loi de Luitprand défendit au père ayant des enfants légitimes de rien donner à ses enfants illégitimes, de manière que ceux-ci soient réduits à ce que leurs frères légitimes veulent bien leur donner[3]. — On objecte[4] un passage de la loi des Bavarois, le chapitre VIII du titre XIV, ainsi conçu : *Ut fratres hereditatem patris æqualiter dividant; ut, quamvis multas mulieres habuisset, et totæ liberæ fuissent de genealogia sua, quamvis non æqualiter divites, unusquisque hereditatem matris suæ possideat, res autem paternas æqualiter dividant*[5]. Mais il est complétement arbitraire de dire qu'il s'agit, dans le texte, d'enfants nés de concubines entretenues en même temps. On peut tout aussi bien entendre la disposition comme s'appliquant à des enfants nés de plusieurs femmes successivement épousées, hypothèse qui devait être fréquente à une époque où existait le divorce.

Au surplus, le doute n'est pas possible pour la seconde partie de l'époque franque, c'est-à-dire pour la période carlovingienne. Le texte de la loi salique révisée par Charlemagne prive les en-

[1] On sait, en effet, qu'un véritable mariage pouvait avoir lieu même entre esclaves (Voir Pardessus, *Loi salique*, p. 524).

[2] Art. 154, 155 et 156 (Canciani, t. I, p. 73).

[3] M. Kœnigswarter, *Essai sur les enfants nés hors mariage* (*Revue étrangère et française*, t. IX, p. 375).

[4] M. Desportes, *Op.* et *loco cit.*

[5] Canciani, t. II, p. 383.

fants incestueux de tout droit héréditaire : *Si quis sororem, aut fratris filiam, aut saltem alterius gradus concubinam, aut fratris uxorem, aut avunculi, sceleratis nuptiis sibi junxerit, huic pœnæ subjaceat ut a tali consortio separetur. Atque etiam si filios habuerint, non habeantur legitimi heredes, sed infamia sint notati*[1]. C'est la facilité avec laquelle cette disposition fut adoptée lors de la révision qui fait penser à M. Pardessus que le principe en existait déjà dans le droit germanique. — Une formule de Marculfe prouve que l'enfant qu'un homme libre avait eu d'une esclave, même après avoir été affranchi par son père, n'avait aucun droit héréditaire, et ne pouvait en acquérir qu'au moyen de la légitimation accordée par le roi[2]. Une autre formule du même Marculfe s'occupe des *liberi naturales*, et décide, comme la loi de Luitprand, que le père ne peut librement disposer en leur faveur que s'il n'a pas en même temps des enfants légitimes[3]. Cette règle est attribuée par le rédacteur de la formule à une *gesta lex et consuetudo*, qui est sans doute le droit romain, où l'on trouve une disposition semblable écrite dans la Novelle 89.—Enfin les capitulaires sont plus formels encore. Dans l'un, qui a été cité précédemment, nous voyons la qualité d'héritiers du père réservée aux enfants de l'épouse légitime, par opposition à ceux de la concubine : *Non omnis mulier viro juncta uxor est mariti, neque omnis filius heres est patris, itaque aliud est uxor, aliud concubina.* Dans un autre encore, nous voyons le droit de succéder réservé exclusivement aux enfants légitimes. Ce dernier capitulaire est fortement empreint de l'influence ecclésiastique; on y voit le législateur vouloir que l'union de l'homme et de la femme soit un mariage régulier, en prescrire les conditions et les formes et donner le nom de *spurii* aux enfants qui ne sont pas nés d'une pareille union. Voici la teneur de ce texte, qui marque probablement l'instant précis où le concubinat fut définitivement proscrit et par la législation laïque et par la législation ecclésiastique : *Decretum est ut uxor legitime viro conjungatur. Aliter enim legitimum, ut a patribus*

[1] *Lex salica a Carolo Magno emendata*, t. XIV, § 16 (Pardessus, p. 287).

[2] Cinquante-quatrième formule de l'Appendice (Baluze, *Capitularia regum francorum*, édition de Chiniac, t. II, col. 465).

[3] *Marculfi monachi formularum, Appendix*, form. 52 (Canciani, t. II, p. 266).

accepimus a sanctis apostolicorumque successoribus traditum invenimus, non fit conjugium, nisi ab his qui super ipsam feminam dominationem habere videntur, et a quibus custoditur, uxor petatur, et a parentibus propinquioribus sponsetur, et legibus sponsetur, et suo tempore sacerdotaliter, ut mos est, cum precibus et oblationibus a sacerdote benedicatur, et a paranymphis, ut consuetudo docet, custodita, et sociata a proximis; quæ tempore congruo petita legibus detur et solemniter accipiatur. Et biduo vel triduo orationibus vacent, et castitatem custodiant : ut boni soboles generentur, et Domino suis in actibus placeant. Taliter enim et Domino placebunt, et filios, non spurios, sed legitimos atque hereditabiles generabunt[1].

Il paraît même que, dès cette époque, les enfants illégitimes commencèrent à être réduits en servitude ; c'est, du moins, ce que l'on peut conclure du canon 10e du neuvième concile de Tolède, tenu en 655. Ce canon est rapporté par de Laurière dans son glossaire, au mot BASTARDISE. On y voit les bâtards nés de personnes engagées dans les ordres sacrés, non-seulement privés du droit de succéder, mais déclarés serfs des églises desservies par leurs pères[2].

Au milieu du moyen âge, pendant l'espace de temps où la féodalité est souveraine, la condition des enfants illégitimes se résume dans un seul mot : la servitude. Leur asservissement, à cette époque, s'explique par l'influence combinée des principes germaniques, des idées canoniques et des usurpations féodales. D'après les principes germaniques, l'enfant non légitime n'étant protégé ni par le *mundium* du père, ni par l'alliance d'une famille, dut, comme l'étranger, recourir au *mundium*, à la protection du roi. De là la connexité de la condition de l'aubain et de celle du bâtard, connexité signalée par nos anciens auteurs, par Bacquet notamment[3]. Il en résulta pour ces deux classes de

[1] Loi 7, capit. CCCCLXIII (Canciani, t. III, p. 355).

[2] « Quilibet ab episcopo usque ad subdiaconum deinceps, qui vel ex ancilla, vel ex ingenua, detestando connubio, in honore constituti, filios procreaverint, illi quidem et quibus progeniti probabuntur canonica censura damnentur. Proles autem aliena pollutione nata, non solum hereditatem nunquam accipiat, sed etiam in servitutem ipsius ecclesiæ de cujus sacerdotis vel ministri ignominia nati sunt, jure perenni permanebunt. » — Junge d'Aguesseau, *Op. cit.*, p. 401.

[3] *Traité du droit de bastardise*, préface, n. 2.

personnes, une position à part dans la société, une sujétion particulière. Celle des bâtards fut aggravée par une idée de mépris inspirée par la réaction du droit canonique en l'honneur du mariage et des enfants nés du mariage. Lorsque vint la grande usurpation féodale, la prérogative royale sur les bâtards fut usurpée comme tant d'autres, et le droit de protection, comme il arriva si souvent alors, devint un titre d'oppression. — Cette déchéance, toutefois, ne frappa point les bâtards des grands, au moins ceux des princes. Ainsi plusieurs rois de la première et même de la seconde race étaient des enfants illégitimes [1]. Ce fut seulement une ordonnance de Hugues Capet, qui, selon Bacquet, priva les bâtards du droit de succéder à la couronne de France [2].

L'ancienne condition des bâtards comme serfs mainmortables est attestée par Bacquet, de Laurière et d'Aguesseau. Bacquet a publié, dans son *Traité du droit d'aubaine*, un extrait des registres de la chambre des comptes, remontant à l'année 1566, relatif aux droits du roi sur les gens de morte main « partout le royaume de France, en spécial en baillage et ressort de Vermandois. » Il en résulte que les bâtards étaient soumis au droit de *formariage*, c'est-à-dire qu'ils ne pouvaient se marier sans permission à une personne d'une autre condition, à peine de la confiscation de moitié ou du tiers de leurs biens. Ils étaient aussi soumis au droit de *chevage*, qui les obligeait à payer douze deniers parisis par an. Or, ces deux droits, et particulièrement celui de chevage, étaient des marques de servitude, comme le remarque de Laurière. En outre, d'après le même document, les bâtards ne pouvaient tester pour une valeur supérieure à cinq sols parisis sans le consentement du roi. — Les mêmes dispositions se retrouvent dans des articles insérés au procès-verbal de la coutume de Laon, et rapportés par de Laurière et d'Aguesseau [3].

[1] De Laurière, v° BASTARDISE; d'Aguesseau, *Op. cit.*, p. 404; *Mémoires de du Tillet*, liv. II, chap. I; liv. V, chap. XLI.

[2] *Droit de bastardise*, partie I, chap. II, n. 7; Junge Brodeau sur Louët, *Lettre D.*, somm. 1, n. 1; et de Laurière sur Loysel, loi 1, règle 40 (éd. de MM. Dupin et Laboulaye, t. I, p. 89).

[3] Bacquet, *Droit d'aubaine*, partie I, chap. IV; de Laurière, *Glossaire*, v° BASTARDISE; d'Aguesseau, *Op. cit.*, p. 406-407; Junge, MM. Dupin et

Cette condition servile fut le principe historique de la plupart des déchéances infligées aux bâtards pendant les temps qui suivirent l'époque de la féodalité absolue, déchéances qui allèrent en s'atténuant jusqu'au dix-huitième siècle. Aussi d'Aguesseau constate-t-il, en exposant le dernier état de notre ancien droit sur les bâtards, qu'il ne reste presque aucune différence entre eux et les enfants légitimes, si ce n'est à l'égard des successions et de la faculté de recevoir des libéralités.

On verra successivement quelle fut, pendant cette dernière période, la condition des bâtards simples et de ceux nés *ex damnato coïtu* dans la sphère du droit privé, et quelle fut leur condition dans la sphère du droit public.

Une des principales conséquences de la mainmorte était que les biens de la personne mainmortable passaient, à sa mort, à son seigneur, sans qu'elle eût pu en disposer à titre gratuit. Telle fut l'origine du droit de bâtardise et de l'incapacité de disposer dont les bâtards furent frappés.

L'incapacité de disposer fut atténuée d'abord par les *Etablissements de saint Louis* (1re partie, chap. XCVII), qui permirent aux bâtards d'*aumôner* leurs meubles et autorisèrent leurs femmes à prendre leur douaire sur ces meubles[1]. — En vain les seigneurs investis du droit de bâtardise voulurent faire prévaloir cette incapacité dans les provinces où la servitude des bâtards était tombée en désuétude, ou qui n'admettaient point la servitude personnelle. Cette prétention fut condamnée par la jurisprudence. Il y eut en ce sens deux arrêts, l'un de 1270, l'année même de la publication présumée des *Etablissements de saint Louis*, et l'autre de 1327, rapportés, le premier par La Thaumassière, dans son recueil d'anciens arrêts concernant le Berry, et le second dans la septième partie du *Stile du parlement*[2]. Jean Desmares, qui écrivait pendant le quatorzième siècle, signale un nouveau progrès, et sa décision 24e attribue au bâtard la libre disposition des biens qu'il peut avoir : « Bastard, si fet testament, ce est tant seulement de meubles et conquests, car,

Laboulaye sur la règle 42 du titre I du livre I des *Institutes coutumières* de Loysel (t. I, p. 91).

[1] Voir de Laurière, *Recueil des ordonnances des rois de France de la troisième race*, t. I, p. 188.

[2] De Laurière, *Glossaire*, v° BASTARDISE; d'Aguesseau, *Op. cit.*, n. 407.

puisqu'il ne succède, il n'a point d'héritage[1]. » Cette règle est ainsi reproduite par Loysel, dans la règle 42e du titre Ier du Ier livre de ses *Institutes coutumières* : « Bâtards peuvent acquérir et disposer de leurs biens tant entre vifs que par testament. » La faculté pour le bâtard de disposer de ses biens était donc devenue un principe dans notre ancien droit. Elle avait été consacrée formellement par de nombreuses coutumes dont d'Aguesseau donne l'énumération[2]. Toutefois, quelques-unes y faisaient exception; ainsi la coutume de Bretagne, dans son article 480, privait du droit de tester les bâtards qui n'étaient pas nés *ex soluto et soluta*, et restreignait ce droit dans la personne des autres bâtards; d'autres, telles que celles d'Anjou (art. 345), du Maine (art. 355), du Poitou (art. 399), limitaient la quotité de biens dont ils pouvaient disposer; d'autres encore, telles que celles de Bretagne, dans son article 479, limitant le droit par rapport à l'intention du disposant, décidaient que le bâtard ne pouvait pas disposer de ses biens en haine de la seigneurie, à qui devait revenir sa succession. Il en était une enfin, celle de Clermont, dans son article 153, qui, contredisant le droit commun des coutumes, reproduisait la très-ancienne règle et refusait absolument aux bâtards la faculté de tester; mais d'Aguesseau décidait que cette disposition ne pouvait certainement pas être étendue hors du territoire de la coutume, et il doutait même que dans son propre ressort elle dût être observée[3].

Le droit de bâtardise fut, à l'origine, le droit pour le seigneur de recueillir tous les biens que laissait le bâtard décédé sur le territoire de sa seigneurie. De Laurière et, après lui, d'Aguesseau ont démontré d'une manière irréfragable que ce droit appartint aux seigneurs avant d'appartenir au roi : ils ont rapporté deux arrêts du parlement de Paris, l'un de la Pentecôte 1267, l'autre de la Toussaint 1307, qui mettent ce point hors de doute. Mais, à mesure que les bâtards furent mis hors de servitude dans toutes les provinces du royaume, ils firent, pour la plupart, aveu au roi, pour se mettre à couvert des violences et des usurpations des seigneurs. Ils devinrent, par ce moyen, *hommes du*

[1] Voir *Décisions* de Jean Desmares, en suite du Commentaire de Brodeau sur la *Coutume de Paris*.

[2] *Op. cit.*, p. 420-421.

[3] D'Aguesseau, *Op. cit.*, p. 420, 421, 422 et 416.

roi; ce qui passa tellement en coutume que, du temps de saint Louis, ils ne pouvaient, par aveu, se choisir d'autre seigneur que le roi, quoiqu'ils pussent dépendre d'autre seigneur que de lui par la naissance, ainsi qu'on le voit dans le chapitre xxx du IIe livre des *Etablissements de saint Louis*. Aussi, lorsque Philippe le Bel eut ordonné, par un édit de mars 1301, que des enquêtes seraient faites pour savoir à qui, de lui ou des seigneurs particuliers appartiendraient les biens des bâtards décédés dans les différentes seigneuries, la plupart des enquêtes furent favorables au roi[1].

Entre la prétention de la royauté, qui réclamait les successions des bâtards comme celle des aubains, et les prétentions opposées des seigneurs, une transaction intervint par laquelle ces successions furent attribuées tantôt au roi, tantôt aux seigneurs, selon l'existence ou l'absence de certaines conditions. Cette transaction est formulée, dès le quatorzième siècle, par l'auteur du *Grand coutumier*, qui écrivait, au temps de Charles VI : « Au roy, dit cet auteur, appartient la succession de tous bastards, soyent clercs ou laïz. Toutefois aucuns haults justiciers en ont jouy ; mais, avant qu'ils doivent avoir la succession desdicts bastards, il convient qu'il y ait trois choses concurrentes ensemble : 1° que les bastards ou bastardes soyent nez en leurs terres ; 2° qu'ils y soient demeurans ; 3° qu'ils y trespassent. *Alias non audiuntur*[2]. » Cependant Jean Bouteiller, qui écrivait à la même époque, semble maintenir l'ancien droit des seigneurs dans son intégrité[3]. — Aussi, lors de la rédaction des coutumes y eut-il la plus grande diversité de règles dans l'attribution du droit de bâtardise. Les unes l'attribuèrent expressément au roi, d'autres au seigneur, d'autres ne s'expliquaient pas sur ce point. Parmi les secondes, quelques-unes exigeaient pour l'attribution au seigneur la réunion des trois cas indiqués par le *Grand coutumier*, soit avec la condition que les biens du bâtard fussent situés dans la seigneurie, soit sans cette condition ; d'autres exigeaient seulement cette dernière condition. Les unes ne donnaient le droit de bâtardise qu'au seigneur haut justicier ; les autres le don-

[1] De Laurière, *Glossaire*, v° BASTARDISE ; d'Aguesseau, *Op. cit.*, p. 408 et 409.

[2] *Grand coutumier*, liv. I, chap. III ; édition Charondas le Caron, p. 23.

[3] *Somme rurale*, liv. I, tit. CIII ; édition Charondas le Caron, p. 599.

naient au moyen justicier, au bas justicier et même au seigneur ayant une simple juridiction foncière ou censive [1]. Dans les coutumes muettes, on appliquait la règle des trois cas formulée par le *Grand coutumier*, et qui était devenue un principe de droit commun, comme le reconnaît Loyseau dans son *Traité des seigneuries* [2]. On alla même plus loin encore dans l'application de ce principe restrictif du droit seigneurial : un arrêt rendu par le parlement de Paris, le 6 août 1782, le déclara applicable, même dans le ressort des coutumes qui attribuaient la succession des bâtards aux seigneurs sans exiger la réunion des trois cas [3].

Le droit de bâtardise, après avoir été un droit de mainmorte exercé sur les biens d'une personne qui ne pouvait avoir ni héritiers *ab intestat*, ni successeurs testamentaires, finit par être un simple droit de déshérence, que le *Nouveau Denizart* définit ainsi : « Droit de recueillir les biens qu'un bâtard laisse à sa mort, lorsqu'il n'en a point disposé et qu'il n'a point d'héritier capable de les recueillir [4]. » On a vu comment les bâtards acquirent le droit d'avoir des successeurs testamentaires. Une ordonnance de Charles VI, de l'année 1383, leur donna des héritiers *ab intestat*, en attribuant leur succession à leurs enfants légitimes. Cette règle, reproduite par de nombreuses coutumes que cite d'Aguesseau, ne fut contredite que par l'ancienne coutume de Saint-Pol, qui, dans l'article 27 de son titre IIe, excluait expressément les enfants des bâtards de leurs successions ; mais d'Aguesseau trouvait cette disposition contraire à tous les principes, et doutait qu'elle dût être observée, même sur le territoire de Saint-Pol [5]. Le même auteur pensait aussi que la mère et les parents maternels du bâtard devaient lui succéder dans les coutumes qui permettaient au bâtard de succéder à ces mêmes parents, et il citait en ce sens la disposition expresse de la coutume de Thérouanne. Enfin, lorsque le bâtard était marié,

[1] *Nouveau Denizart*, v° BASTARDISE, § 1, n. 4 ; d'Aguesseau, *Op. cit.*, p. 451 et suiv.

[2] Chap. XII, n. 10 ; Loysel dit aussi, dans la règle 47e de son livre I : « En défaut d'enfants, leur succession appartiendra aux seigneurs hauts justiciers *en la terre desquels ils seront* NÉS, DOMICILIÉS *et* DÉCÉDÉS.

[3] *Nouveau Denizart*, v° BASTARDISE, § 1, n. 6.

[4] *Nouveau Denizart*, v° BASTARDISE, § 1, n. 1.

[5] D'Aguesseau, *Op. cit.*, p. 448.

on admettait que ses biens étaient recueillis par son époux survivant, préférablement au fisc du roi ou des seigneurs[1].

Les autres conséquences de l'état de servitude des bâtards avaient complétement disparu dans les derniers siècles de l'ancienne jurisprudence française. Il n'était plus question des droits de chevage et de formariage; quelques coutumes, comme celles de Laon (art. 7), et de Reims (art. 338), mentionnaient même formellement l'abolition de ce dernier droit. Ainsi encore d'autres coutumes, comme celles de Sens (art. 28), d'Auxerre (art. 31), de Châlons (art. 11), déclaraient les bâtards capables de posséder des immeubles, des fiefs, des rotures, supprimant par là une ancienne incapacité dont on trouve la preuve dans une charte de 1329, rapportée par MM. Dupin et Laboulaye dans leurs notes sur la 42e règle du titre Ier du 1er livre de Loysel, et par laquelle le roi accordait à un bâtard, comme une grâce, la faculté d'acquérir des terres dans le royaume de France[2].

Voici maintenant une incapacité dont les bâtards furent frappés par le droit coutumier, et qui n'a point son origine dans leur condition servile du moyen âge: c'est la double incapacité de succéder à leurs père et mère et aux parents de ceux-ci, et de recevoir de leurs père et mère des libéralités à titre universel. Elle est due à la tradition du droit romain, du droit canonique et du droit de l'époque franque, tradition qui se continue jusque dans le Code Napoléon. Elle se justifie d'ailleurs par des considérations législatives que l'avocat général Séguier faisait valoir, en 1779, devant le parlement de Paris, et qui s'appliquent aussi bien au système du Code. « On a reconnu, disait ce magistrat, que le frein le plus fort qu'on a apporté aux conjonctions illicites était de *flétrir*, en quelque sorte, les enfants qui en étaient le fruit; et tous les efforts du législateur ont eu pour but de porter les hommes au mariage, parce que le mariage est la source des sociétés civiles et le fondement des familles qui composent l'Etat. De là le principe, admis dans presque toutes nos coutumes, que les enfants naturels ne peuvent venir à succession... Il était juste de *punir* ce crime (la

1 D'aguesseau, *Op. cit.*, p. 448 et 449.

2 D'Aguesseau, *Op. cit.*, p. 422 et 423; *Inst. cout.* de Loysel, édition Dupin et Laboulaye, t. I, p. 91.

conjonction illicite) jusque dans les enfants, en privant les père et mère de la satisfaction qu'ils auraient eue de verser des bienfaits sur le fruit de leur union criminelle[1].

Dans les expressions employées par Séguier, on aperçoit la trace de deux doctrines, au fond très-différentes, dont l'une a été formulée par Bossuet, l'autre par Montesquieu. Dans son livre *De la connaissance de Dieu et de soi-même*, Bossuet a écrit, en expliquant le dogme chrétien du péché originel : « Punir les pères dans leurs enfants, c'est les punir dans leur bien le plus réel; c'est les punir dans une partie d'eux-mêmes que la nature leur a rendue plus chère que leurs propres membres et même que leur propre vie; en sorte qu'il n'est pas moins juste de punir un homme dans ses enfants que de le punir dans ses membres et dans sa personne... Reconnaissons donc *cette justice* qui venge les crimes des pères sur leurs enfants[2]. » C'est là l'idée théologique dont le droit canonique s'est inspiré en frappant avec rigueur l'enfant innocent pour mieux *punir* les parents coupables. Pour Montesquieu, au contraire, il s'agit, non de punition à infliger, mais de sauvegarder l'institution du mariage en *flétrissant* les unions illicites : « Il a fallu flétrir le concubinage; il a donc fallu flétrir les enfants qui en étaient nés[3].» On voit que Séguier parle, comme Bossuet, de punition, et comme Montesquieu, de flétrissure. Ces expressions sont fâcheuses; mais sa théorie, qui, au fond, est celle de Montesquieu, est la véritable ; elle fait dériver les déchéances infligées aux enfants illégitimes de l'intérêt social qui veut le respect de l'institution du mariage.

La règle que le bâtard ne succède point à ses père et mère et à leurs parents[4] était écrite dans la plupart des coutumes : on en peut voir une énumération dans la dissertation de d'Agues-seau[5]. — Quelques-unes cependant faisaient une exception pour

[1] *Nouveau Denizart*, v° BASTARD, § 4, n. 8.

[2] *De la connaissance de Dieu et de soi-même*, chap. IV, n. 11.

[3] *Esprit des lois*, liv. XXIII, chap. VI.

[4] C'est en ce sens qu'il faut entendre la maxime formulée en termes trop absolus par Loysel dans la règle 45 de son titre Ier de son livre I : *Enfants bastards ne succèdent.*

[5] P. 423; Beaumanoir formulait déjà cette règle au treizième siècle : « Bien sacent tuit cil qui sont bastart... qu'il n'ont droit en nul descende-

les successions de la mère et des parents maternels. On distingue trois classes de ces coutumes, selon qu'elles admettent le bâtard à ces successions d'une manière plus ou moins large. Les unes avaient pour maxime qu'il n'y a point de bâtard de par mère : elles appelaient le bâtard en concurrence avec les enfants légitimes. Les autres ne l'admettaient qu'à défaut de ces mêmes enfants. Celles de la troisième classe ne s'expliquaient pas sur le concours des bâtards et des enfants légitimes. Quelques auteurs, tels que Rebuffe et Chopin, avaient soutenu que les coutumes de ces trois catégories ne devaient pas être observées, même dans leurs ressorts. Cette doctrine, combattue par Dumoulin et par Domat, ne paraît pas avoir prévalu, et d'Aguesseau pensait qu'on devait se déterminer d'après l'usage[1]. Il est assez remarquable que la tradition romaine, qui avait inspiré ces coutumes, avait été abandonnée dans les pays de droit écrit. Henrys[2] rapporte en ce sens un arrêt assez important du 6 mai 1624, d'après lequel il pense : « Qu'on ne doit plus douter que la coutume exclusive des bâtards est générale, et a lieu en pays de droit écrit comme en provinces coutumières. » Toutefois, l'annotateur de Henrys assure, dans ses observations, que si les parlements de Bordeaux, Toulouse et Aix ont rejeté la règle romaine qui admet les bâtards à la succession de leur mère, cette règle a été cependant conservée par le parlement de Grenoble, qui le consacra notamment par un arrêt du 8 juillet 1662, cité par Merlin dans son Répertoire[3].

Les coutumes n'avaient frappé le bâtard d'aucune incapacité par rapport à la succession de ses enfants légitimes : plusieurs d'entre elles l'y appelaient formellement, et c'était, disait d'Aguesseau, « un droit général du royaume. » — En outre, le bâtard héritait, à défaut de parents et à l'exclusion du fisc, de son époux prédécédé : c'était une règle admise, dans le silence des coutumes, par le sentiment des auteurs et la jurisprudence

ment. » (*Coutume de Beauvoisis*, chap. XVIII, n. 19 ; édition Beugnot, t. I, p. 290.)

[1] *Op. cit.*, p. 425 et 429.

[2] Loi 6, chap. III, quest. 9.

[3] V° BASTARD, sect. I, n. 2 ; Junge Furgole, *Traité des testaments*, chap. VI, sect. II, n. 103.

des arrêts, en imitation de la *bonorum possessio unde vir et uxor* du droit romain[1].

L'incapacité pour le bâtard de recevoir de ses père et mère des libéralités à titre universel est en corrélation avec la règle qui l'écarte de leurs successions. Cette règle, en effet, deviendrait inutile, font observer d'Aguesseau[2] et les auteurs du nouveau Denizart[3], si les père et mère pouvaient l'éluder en faisant des dispositions universelles en faveur de leurs enfants bâtards. Cependant, nous ne croyons pas que tel soit, en législation du moins, le motif de l'incapacité qui nous occupe. La privation du droit de succéder *ab intestat* est par elle-même une déchéance très-réelle, qui se conçoit fort bien indépendamment de la privation du droit de recevoir par donation et par testament. Et ce qui le prouve, c'est que, dans l'ancienne jurisprudence française comme dans le système du Code Napoléon, les enfants illégitimes pouvaient parfaitement être gratifiés par les parents collatéraux de leurs père et mère, auxquels cependant ils ne succédaient pas *ab intestat :* d'Aguesseau le reconnaît lui-même quelques lignes plus loin[4]. Si le motif allégué était le véritable, il y aurait donc inconséquence et contradiction dans la jurisprudence coutumière comme dans le Code Napoléon. Il faut, par conséquent, s'en tenir à la considération présentée par l'avocat général Séguier, et reconnaître que c'est pour atteindre plus rigoureusement le père et la mère naturels qu'on limite pour eux la faculté de disposer à l'égard de leurs enfants.

Les dispositions des coutumes sur l'incapacité pour le bâtard de recevoir des libéralités de ses père et mère étaient fort peu uniformes. Le plus grand nombre ne s'expliquaient pas sur ce point. Les autres limitaient la faculté de recevoir, soit en fixant

[1] D'Aguesseau, *Op. cit.*, p. 429 et 430; *Nouveau Denizart*, v° BASTARD, § 4, n. 4 et 5.

[2] *Op. cit.*, p. 431.

[3] V° BASTARD, § 4, n. 6.

[4] Du temps de Beaumanoir, les père et mère n'ayant pas d'enfants légitimes pouvaient disposer en faveur de leurs bâtards, comme s'ils eussent été des étrangers, de leurs meubles, de leurs conquêts et du quint de leurs propres. C'était seulement en présence d'enfants légitimes que les bâtards, à cette époque, ne pouvaient recevoir de leurs père et mère qu'à titre d'aliments. (*Coutume de Beauvoisis*, chap. XVIII, n. 20; édition Beugnot, t. I, p. 290).

une certaine quotité, soit en décidant que le bâtard ne pourrait pas recevoir des libéralités *immodérées et immenses*, soit en décidant qu'on ne pourrait lui donner que pour l'*alimenter, nourrir et entretenir selon son état*. Parmi elles, il y en avait qui restreignaient leur prohibition aux libéralités faites par le père, ou à celles faites par la mère, aux libéralités entre-vifs ou aux testamentaires. Loysel, dans la règle 43e du titre Ier de son livre Ier, semble admettre la décision la plus rigoureuse : « Maître Martin Doublé, dit-il, tenait que bâtards ne pouvaient recevoir legs de père ni de mère, ce qui se doit entendre de legs excédant leur nourriture. » Cette règle, cependant, ne prévalut point d'abord, au moins pour les bâtards simples. Et même, jusqu'au milieu du dix-septième siècle, la jurisprudence des parlements consacra en leur faveur la pleine capacité de recevoir : on peut voir en ce sens, dans le recueil de Brodeau[1], un arrêt du parlement de Paris, du 9 mars 1648, qui valida un fidéicommis universel fait en faveur de deux bâtards. C'est au dix-septième siècle seulement que la jurisprudence changea[2]; et l'incapacité de recevoir à titre universel, admise par de Laurière et d'Aguesseau, est formulée comme un principe certain par Pothier[3] et par les auteurs du *Nouveau Denizart*[4]. Selon Merlin, elle eut plus de difficulté à s'établir en Flandre : repoussée par un arrêt du parlement de cette province le 16 juillet 1693, elle y fut consacrée, pour la première fois, par un arrêt du 14 septembre 1746, et ensuite par un arrêt du 19 avril 1755[5].

C'était une question controversée que de savoir si la même prohibition était applicable dans les rapports du bâtard et de son aïeul, le père légitime de son père naturel. D'Aguesseau présentait la négative comme l'opinion la plus généralement admise[6]. Mais le contraire fut décidé par un arrêt du parlement de Paris

[1] *Recueil d'arrêts notables*, lettre D, nombre 1, n. 23.

[2] Voir Furgole, *Traité des testaments*, chap. VI, sect. II, n. 118.

[3] *Traité des personnes et des choses*, n. 116; introduction au titre XVI de la *Coutume d'Orléans*, n. 43.

[4] Vo BASTARD, § 4, n. 6. On réduisait même le legs particulier fait au bâtard, s'il était excessif (voir Furgole, *Traité des testaments*, chap. VI, sect. II, n. 122).

[5] Voir *Répertoire* de Merlin, Vo BATARD, sect. I, n. 3.

[6] *Op. cit.*, p. 434.

du 19 février 1731, cité au *Nouveau Denizart*[1], et rapporté plus longuement par Merlin dans son *Répertoire*[2]. Telle est aussi la décision donnée dans son *Introduction* au titre VI de la coutume d'Orléans[3].

Pour compléter le tableau de la condition des bâtards au point de vue du droit privé, il ne reste plus qu'à indiquer l'obligation pour les parents naturels de leur fournir des aliments. « Qui fait l'enfant doit le nourrir, » a dit Loysel avec une énergique concision[4]. Ce précepte de droit naturel ne fut jamais méconnu par l'ancienne jurisprudence française, et la coutume de Bretagne en avait fait une disposition précise dans son article 478. Cette obligation incombait aux deux parents, mais principalement au père : on jugeait que c'était lui, s'il était solvable, qui devait subvenir aux frais de l'éducation de son enfant.

C'était la mère, au contraire, qui le plus ordinairement était chargée du soin de diriger et de surveiller cette éducation. Toutefois, il était admis en jurisprudence, comme le font observer les auteurs du *Nouveau Denizart*, que la seule règle générale, en cette matière, était de considérer l'intérêt de l'enfant, et de confier son éducation à celui du père ou de la mère en qui la justice avait le plus de confiance, ou d'ordonner son placement dans une maison d'éducation. Aussi les arrêts qui statuaient sur la filiation des bâtards mineurs contenaient-ils des dispositions ayant pour objet de régler leur éducation ; et l'une des clauses de ce genre le plus usitées était celle qui ordonnait au père ou à la mère de faire élever dans la religion catholique l'enfant qui lui était confié[5].

Au surplus, on reconnaissait que les bâtards n'étaient pas soumis à la puissance paternelle comme les enfants légitimes ; et un arrêt du parlement de Paris, du 1er février 1662, rapporté au *Journal des audiences*, décida qu'ils pouvaient se marier sans le consentement de leurs parents.

[1] V° BATARD, § 4, n. 10.

[2] V° BATARD, sect. I, n. 4.

[3] N. 43 ; selon Furgole, qui se prononçait dans le même sens (*Op. cit.*, chap. VI, sect. II, n. 136, 141 et 148), il y avait variété sur ce point dans la jurisprudence du parlement de Toulouse.

[4] *Institutes coutumières*, liv. I, titre I, règle 41.

[5] Voir *Nouveau Denizart*, v° BASTARD, § 5 ; et Pothier, *Traité du contrat de mariage*, n. 394.

Jusqu'à présent, en traitant de la condition des bâtards, nous avons supposé qu'il s'agissait de bâtards simples, nés de personnes pouvant s'épouser à l'époque de la conception. On leur donnait une dénomination empruntée au droit canonique, celle de bâtards nés *ex soluto et soluta*. — Les autres, c'est-à-dire les bâtards adultérins, incestueux ou nés de personnes engagées dans les ordres sacrés, étaient traités plus sévèrement dans le dernier état de notre ancien droit. Ils ne pouvaient rien recevoir de leurs père et mère, même à titre particulier, si ce n'est des aliments; et ils ne pouvaient pas être légitimés, au moins par mariage subséquent[1]. Mais, comme les bâtards simples, ils devaient être nourris par leurs père et mère. — Dans le vieux langage français, les bâtards adultérins portaient le nom d'*avoutres*. « Li avoltres, dit Beaumanoir[2], sont cil qui sont engenrés en femmes mariées d'autrui que de lors segneurs et homes mariés. » La coutume de Bretagne reproduit la même expression dans son article 477; mais elle l'applique à tous les bâtards autres que ceux nés *ex soluto et soluta*. On a vu que cette coutume privait du droit de tester les bâtards dont il s'agit.

Nous venons de dire que la qualité de bâtard simple, ou celle d'enfant adultérin, incestueux ou né de personnes engagées dans les ordres, s'appréciait, d'après l'état des parents, à l'époque de la conception. Ainsi l'enfant n'en était pas moins incestueux, quoique le père et la mère eussent obtenu avant sa naissance, mais postérieurement à sa conception, des dispenses leur permettant de contracter mariage malgré leur parenté ou leur alliance; il n'en était pas moins adultérin si, pendant le même intervalle, son père ou sa mère était devenu libre du mariage dont la foi avait été violée. — Cependant un certain nombre de canonistes, tels que Covarruvias, Fachinæus, Molina, Sanchez, avaient soutenu, en invoquant par analogie la règle romaine qui déclarait ingénu l'enfant né d'une mère esclave au moment de la conception, mais devenue libre au moment de la naissance, que c'était à ce dernier moment qu'il fallait se placer, et que l'enfant était bâtard simple, dont le père et la mère auraient

[1] Pothier, *Traité des personnes et des choses*, n. 120; introduction au titre XVI de la *Coutume d'Orléans*, n. 43; Junge Furgole, *Op. cit.*, chap. VI, sect. II, n. 106.

[2] *Coutume de Beauvoisis*, chap. XVIII, n. 22 (édition Beugnot, t. I, p. 291).

pu alors se marier. — Mais Pothier[1] faisait remarquer avec raison que c'est l'union charnelle en elle-même qu'il faut considérer, puisque c'est en raison de sa plus ou moins grande culpabilité qu'une qualification plus ou moins sévère est infligée à l'enfant, comme le montre d'ailleurs l'expression énergique d'enfant *ex damnato coïtu*. Tel était aussi l'avis de Furgole. « La tache est contractée par la conception, non par la naissance, lit-on dans son *Traité des testaments*[2]. Cette tache est imprimée à l'enfant du moment qu'il est conçu; et elle ne peut point être effacée par la naissance, parce qu'elle ne diminue point la faute et ne fait point que la conjonction ne soit également réprouvée..... C'est aussi l'opinion suivie dans l'usage et autorisée par les arrêts des parlements de Paris et de Bordeaux. »

Pour rabaisser la filiation illégitime, on disait, dans l'ancien droit français, que les bâtards ne faisaient point partie de la famille de leur père ni de celle de leur mère[3]. Mais ce n'était pas une règle de droit dont les conséquences fussent rigoureusement déduites. Ainsi on reconnaissait au bâtard le droit de porter le nom de celui de ses parents vis-à-vis duquel sa filiation était constatée : si elle l'était vis-à-vis des deux, l'enfant prenait le nom du père.

C'est ce qui fut jugé le 18 juin 1707 par le parlement de Paris, en faveur de bâtards adultérins[4]. Il est vrai qu'ensuite le même parlement distingua, pour la transmission du nom paternel, entre les différents modes de constatation de la filiation, et ne l'admit que pour le cas où il y aurait eu reconnaissance formelle; faisant dépendre ainsi cette transmission de la volonté du père. Telle fut du moins la thèse soutenue par l'avocat général Séguier, dont les conclusions furent confirmées par un arrêt du 27 février 1788, rapporté au *Nouveau Denizart*[5]. Ainsi encore on reconnaissait aux bâtards, aussi bien qu'aux enfants légitimes, le droit de poursuivre devant la juridiction criminelle le meurtrier de leur père ou de leur mère.

L'influence de la qualité de bâtard, dans la sphère du droit

1 *Traité du contrat de mariage*, n. 417.
2 Chap. VI, sect. II, n. 181.
3 Pothier, *Traité des personnes et des choses*, n. 118.
4 *Recueil d'arrêts notables*, d'Augeard, t. II, p. 26.
5 V° ÉTAT (QUESTION D'), § 6, n. 13.

public se rapporte à deux points : la transmission de la noblesse et l'aptitude aux fonctions publiques.

Autrefois, la noblesse se transmettait aux enfants illégitimes. « Bâtard avoué, dit Loysel dans la 44e *règle* du Ier titre de son livre Ier, retenait le nom et la noblesse de la maison de son père, avec les armes d'icelle barrées à gauche. Mais par l'ordonnance du roi Henri le Grand, il leur faut lettres. » Henri IV, en effet, par son ordonnance du mois de mars 1600, supprima l'ancienne règle, qui avait été consacrée récemment par un arrêt de la Cour des aides du mois de juin 1597, assujettit à la taille, comme roturiers, les enfants illégitimes ayant des nobles pour pères, et leur défendit de prendre la qualité de gentilshommes sans avoir obtenu du roi des lettres d'anoblissement. La même disposition fut édictée par Louis XIII dans l'article 197 de son ordonnance de 1629. Cependant l'empire de l'usage fut plus fort que celui de la législation écrite. La règle des ordonnances ne fut appliquée qu'aux bâtards de simples gentilshommes : ceux-là furent tenus pour roturiers. Mais on décida différemment pour les bâtards de personnes illustres ; et l'on admit que les bâtards des rois étaient princes, ceux des princes, seigneurs ou nobles titrés, et ceux des seigneurs, gentilshommes[1].

Quant au second point, il n'avait été réglé par aucune législation précise, et il était fort diversement apprécié par les auteurs. Les uns, s'appuyant sur l'autorité du droit romain et sur le silence des ordonnances, regardaient les bâtards comme capables de posséder des offices et d'être promus aux dignités de l'Etat ; les autres invoquaient l'autorité du droit canonique qui écartait les bâtards des bénéfices. C'est à cette dernière opinion que paraît s'arrêter d'Aguesseau : il la donne, du moins, comme ayant été adoptée par un illustre magistrat dans une conférence célèbre où la question fut agitée[2]. Au reste, si la question était controversée à l'époque de d'Aguesseau, elle paraît ne l'avoir pas été un siècle auparavant. On trouve, en effet, l'incapacité pour les bâtards non légitimés de posséder des offices, indiquée comme un principe certain par Pierre Pithou dans ses fameux articles sur les libertés de l'Eglise gallicane, dont le 21e est

[1] D'Aguesseau, *Op. cit.*, p. 418.
[2] *Eod.*, p. 420.

ainsi conçu : « Le pape ne peut légitimer bastards et illégitimes pour les rendre capables de succéder ou de leur estre succédé, *ni pour obtenir bénéfices et estats séculiers en ce royaume*, mais bien les dispenser pour estre pourveus aux ordres sacrez et bénéfices [1]. »

LOUIS AMIABLE.

[1] Voir Dupin, *Manuel de droit public ecclésiastique français*, 2e édition, p. 38.

COUTUMES DE LARROQUE-TIMBAUD.

1270.

(Suite.)

---

§ 41. — Des surcens (suite). — Le seigneur direct n'a droit qu'au cens et autres droits seigneuriaux. — Il ne lui est dû du surcens. — Il doit agréer les sous-tenanciers substitués par le tenancier.— Les sous-tenanciers doivent remplir les devoirs du tenancier.

Empero que totas las horas (que) remazessa aquilh sobre-afeuzament a las personas a qui ero estat afeuzat en sobre-feus, que aquel senhor no agues res en la proprietat (197) d'aquel sobre-afeuzament mas sas oblias et sas autras senhorias; e que a cadau dels [1] feuzaters que aurio pres a sobre-feus aquel senhor autreges (198) a cada 1 sou feus per las costumas del dich castel; e que (aquilh) acaptesso (199) de luy per avant, e l'en fasso sos devers aitant cum far ne solia aquel que los a sobre-afeuzat.

§ 42. — Donation et division de la rente. — Le donateur qui dispose d'une partie de sa terre, doit déterminer la part des charges seigneuriales dont il reste grevé, sous peine de confiscation de la portion donnée.

E se hom [2] donna una partida de son feus a sa filha, o a autras personas, e la vestiz (200) d'aquel meis feus, que ab aitant cum devra se retengua oblias e acaptes, et que la renda per feuzatera o per feuzater al senhor de qui o tenia per so que no pusco alienar d'aquel feus (201); e si aissi no o fazia si meiss d'aissi en avant (202), que aquela partida que daria d'aquel feus fos encorsa al senhor del qual el o tenia senes meja.

[1] De sos.
[2] On.

§ 43. — En matière de rentes féodales, le terme de payement est de rigueur. — Le retard est puni d'une amende de 5 sous (203).

E totas las oblias que seran degudas per los feus, o per las terras, o per las heretats del predigh castel e de la honnor, sio pagadas al dia que sera establit; e qui adonc no las pagara que l costes v sols de gatges que sio al senhor de qui so aquelas oblias.

§ 44. — Les droits de mutation doivent être payés dans les treize jours qui suivent la réquisition, sous peine d'une amende de 2 sous (204).

E qui no pagara l'acapte que devra dedins XIII dias que l mandara d'acapte aquel senhor a qui la deu, que l coste 11 sols de gatge, et que l rendra son acapte.

§ 45. — De la caution judiciaire. — Le seigneur censier peut la demander tant pour lui que pour autrui.

Et quant lo senhor del feus demandera fermansas a son feuzater per lo feus (205) que te de lui per la sua rancura (206), que l ferma que l fassa dregh per sa ma e sobre son feus (207); e si fermansa li demanda per clamor d'autrui, que l'en donna, e si no (o) fa en aquel dia que l coste v sols de gatge per cada dia que l layssara ses dar las fiansas [1]; empero si no l pot donar fiansas, jure que no l pot e que fara dregh sobre si meis (208) e sobre le feus.

§ 46. — Des dépens. — Entre le seigneur censier et le tenancier il n'y a pas de dépens (209). — Entre tenanciers le seigneur peut prélever les dépens arbitrés par la Cour (210). — Les consuls et notables font partie de cette cour.

E (que l) senhor de feus ni leve messios de feuzater per lo plagh que aura ab lui per so meiss fagh, o per la sua rancura; mas si lo plagh ve devant lo senhor del feus entre (l) feuzaters e aquel que cujava estre feuzaters, adonc lo senhor del feus ne pusca levar messios razonablas, si l vol, am [2] doas las partidas a conoguda de sa cort; e sa cort deu estre dels cosselhs e

[1] Peiar a fincas : mots dépourvus de sens.
[2] Dam.

dels proshomes del digh castel, e que en totas guisas (211) que ni aia dels cosselhs ; e en autra manera no valgues la cort si no i aia dels cosselhs; e per aquelas messios aquel senhor del feus deu jutjar a son cort tot aquel plagh per aquestas costumas e per dregh, segon aquo que sera fagh e digh en aquel plagh.

§ 47. — Arrérages de rente. — Le tenancier en est cru sur son affirmation (212).

E si senhor del feus demanda oblias a son feuzater que l disses [1] que l degues de un an o de plus, et l feuzaters dizio que pagadas las avio, lo feuzaters ne sia creut ses tota proansa per son sagrament que n fassa per cada an que l aia pagadas aquelas oblias, o aquel an que l demandara.

§ 48 (213). — Des testaments. — Faculté de tester fixée à quatorze ans. — Point de formes solennelles. — Incapacités de recevoir les immeubles tenus à rente féodale.

Tot hom e tota femna de XIIII (214) (ans), o d'aqui en sus qui esta en lo dich castel de Larroca-Tigbaut, o en la honnor, pusca far, se l vol, testament en la presentia de proshomes, o del capela (215) si estre i pot, a bonna fe ; e aquel ordenh o testamens sia fermament tengut aissi cum lo fara, no gardada [2], si l vol, solempnitat de dregh, salp que sei effan, si n'a, no sia defraudat, ni deseretat, ni amermat de la legitima que dregh lo (r) autreja (216). Empero que del feus que tendra d'autrui no laise res a senhor, ni a donna deldigh castel, ni a cavaler, ni a donzel, ni a gleia, ni a maio d'ordre, si n'es la volontat del senhor del qual lo tenia ; e si o fasia, que no agues valor aquela laisa (217).

§ 49. — Successions. — D'abord en ligne directe. — A défaut d'enfants, aux plus proches parents.— En cas de déshérence, au seigneur. — Formalités au cas de déshérence. — Règles spéciales pour un certain mode de tenure, SANGUT, OU CENSUT.

E si moria alcun (hom) e alcuna femna cofes (218) ses ordenhs (219) de testament que fagh no agues, totas sas causas moblas e no moblas sian soutamens et quittamens a sos enfans, si

[1] Dighs.
[2] Garda.

n'avia de son leial matrimoni, senes tot contrast que no li fasse li senhor ni a autras personas (220); e si no a esfans e n'aia fagh hordenhs ni testament, que todas las suas causas sia de sos prodas parens; e si aqui no a parens, lo cosselh prendra totas suas causas moblas e non moblas (221), et que las tenga un an; e si dins aquel an es vengut parens que l posco proar parentat, que l renda totas aquelas causas quittamens per totas horas, (e que) n sia pagada sa la molher de lui de son dot e de son aver, e sei deuts que sia pagat (222); e si dins aquel terme no es vengut parens cum ci-dessus es digh, totas sas heretats sio d'aquel que las tenia a feus, sos deutes del moble e del non moble de lui livra per livra; e si [1] aquel hom aissi mort avia senhor *sangut* (223) en lo dich castel, (sia) cavaler o donzel (aquel) de cui fos l'hom, que la terssa part de totas sas causas moblas fosso d'aquel senhor *sanguth*, e la terssa part al senhor del digh castelh, et la mitat de la tersa part al cosselh, et l'autra mitat de la tersa part a l'adobament de las gleias del meis castel.

§ 50. — Service militaire. — Chaque co-seigneur le doit à son tour au suzerain, seigneur de l'Agenais. — Les habitants doivent contribuer aux frais à raison de 12 sous 6 deniers par feu. — Exceptions au profit des chevaliers ou donzels. — Réduction dans le cas d'expédition moindre de onze jours.

E quant le maior senhor d'Agenes mandara ost en Agenes, que la us dels senhors del dich castel la fassa per si meis e per tots los senhores et per tots los habitants del digh castel e de la honnor, e lor ne porte bona garentia del meis senhor maior e de sos senescals, e de tots lo seus (224); et que cada us hom del meis castel et de la honor done XII s. VI d. a aquel senhor que la fara entra [2] totas causas senes plus per aitant quant estara en aquel ost depuse que sera partit del digh castel per annar en aquela ost entro que s'en sia tornatz; empero no sia tengut de pagar la tailla d'aquesta ost cavalers, ni donzels, ni autre hom mas aquel que tendra foc [3] et ostal per si meis en lo digh castel; et (que) quada

[1] Sio.
[2] *Sic.*
[3] Feug.

us dels predighs senhors fassa aquela ost la us appres l'autre al predigh senhor de la terra quand obs sera segon que empar la senhoria del digh castel, si cum dessus es digh divisament; empero quan seran maugutz (225) per anar en la dicha ost, si, per desmant que fo fagh, s'en tornava dedins XI dias (226), per aquela mauguda agues per sas messios dels predigh XII [1] s. VI d. (aisso) que conneissero que fos fazedor el cosselh del digh castel.

§ 51. — Des étrangers. — L'étranger venu à Larroque est franc d'HOMENAGE (227), pourvu qu'il ait fait choix d'un seigneur. — Il a huit jours pour faire ce choix. — Exemption pendant un an de toutes les charges municipales.

Tot hom estranh que venga estar en le predigh castel sia francs per tot tems de tot homenage tant cum estara aissi cum us autres homes francs naturals, si empero [2] n'aia senhor fagh espressament en lo meis castel dins VIII dias (228) que i sera venguth per estar ; mas si dins aquels VIII dias a fagh senhor de cavaler, o de donzels, o d'autre home (229) del digh castel, que o pusca far dins aque (Q) VII dias e no d'aqui en avant; e al prumer an que sia (n) francs de totas messios salp gachas (230).

§ 52. — Interdiction faite aux homicides de rentrer dans la juridiction sans le consentement des seigneurs et des parents de la victime. — Asile accordé aux individus poursuivis. — Peut l'être pour un jour ou deux, mais hors les cas de meurtre, d'arrêt ou de séquestration d'un habitant du lieu, de bannissement, d'opposition de la part de la partie lésée, ou de guerre contre un des seigneurs du château (231).

Nuz hom que aia mort (hom) del digh castel no entre mais el digh castel, ni dins los dex senes la volontat e la lissentia dels senhors, e dels cavalers, e dels donzels, e dels proshomes del digh castel et dels parents [3] (de) aquel que mort aura en lo meis castel o en la honor tot senhor, e tot cavalers, o donzels, o autre home del digh castel o de la honnor pusca guidar (232) un dia o dos tot home dins lo dich castel o en la honnor, si home del meis castel mort no i avia o pres no l tenia, o si gitatz no era per jutjament o si no lo avia desfendut aquel a qui faria tort

[1] XI.
[2] No.
[3] Que.

de deute o als, e si no guerrigava ab senhor, o a cavaler, o a donzel, o autre home (233) del digh castel o de la honnor.

§ 53. — Liberté de domicile (234). — Chacun peut s'établir où bon lui semblera. — Le seigneur ne peut s'y opposer. — Facilités de vendre. — Tenure à distance des terres baillées à rente féodale. — Dispositions spéciales et exceptionnelles pour les fiefs d'HOMENAGE.

E qui voldra partir del digh castel o de la honnor per esta (r) en autre loc que o pusca far sols e segurs ab totas sas causas moblas senes tot contrast que li senhor ni autras personas no li fasso, sos deutes pagats e satisfacts (235) a sos clamans a conoguda dels cosselhs; e que li senhor lo garda per tot lor poder; e que pusca vendre, se vol, tots los feus que tendra per las costumas del digh castel ; e si vendre no los volia, o no trobava a qui los vendre, que los pogues tenir d'aqui on s'en ira estar, ab que pague als senhors de qui los tendra lors oblias e lors devers, e a la cominaltat del castel lors devers que devria far segond la valor d'aquel feus; e si tenia feus d'omenatge (236) o feus don *degues*[1] *sa residentia far*, que l laisses al senhor de qui los tenia quant se l volra partir per estar foras del digh castel; empero que l pogues vendre, si volia lo senhor de qui los tendra, e no (en) autra manera no[2] l pogues retenir foras lo meis castel estant, o fora la honnor del meis castel.

§ 54. — Compétence. — Toute action concernant les seigneurs et les gens de leur maison est de la compétence du bailli et des consuls. — Mêmes formes de procédure que pour les autres habitants.

E los senhors, cavalers, o donzels, o tota donna del meis castel de Larroca-Tigbaut, e totas lors mainadas fasso dregh devant le baile e devan le cosselh del meis castel de totas causas que hom o femna del meis castel lor demande e de totas causas que ilh demandesso a lors o a alcunas personas del meis castel e de la honnor; e que n'aion e n prengo dregh cum us autres de totas actios e de deutes e de totas causas[3]; e que o ferme be aissi cum us autre al baile e al cosselh[4], salb que li

[1] Deges sa residens estatia : *inintelligible.*
[2] Ni.
[3] Voir § 8 ci-dessus.
[4] Voir § 9 ci-dessus.

predigh senhor no pusca re proar contra los homes e las femnas del meis castel e de la honnor, aissi cum dessus es digh [1].

§ 55. — Tailles municipales levées par les consuls. — Exemptions des seigneurs. — Impartialité dans la répartition.

Tugh li home del digh castel de Larroqua-Tigbaut o de la honnor son [2] tenguts [3], exeptat los cavalers e los donzels, a totas las questas (236 *bis*) cominals que sian fagh per ost, o per messios, o per autras causas segond que quada us y sera tailatz per lo cosselh; e que nus autre hom no i sia exeptat [4], ab cui que estia o ab si meis o ab autrui, si a moble o heretats en lo meis castel; empero que no donna por ost las personas que dessus so exeptadas de questa; et de totas las questas que seran tailhadas que taille e lebo los cosselhs e los bailes a bonna fe no gardat ni estimat [5] amic ni ennemic.

§ 56. — Exemptions d'impôts. — Les habitants ne doivent rien au seigneur à titre de quête, de don ou de prêt, à moins que ce ne soit de leur plein gré. — Exception pour les fiefs d'HOMENAGE (237).

E que l meis senhor del digh castel no aio ni aber no deio questa (238), ni do (239), ni prest (240) en los homes del digh castel ni de la honnor per neguda razo, si de lor grat no o vol (o) far, empero del feus questal o del feus d'omenatge fassa om aqua que far ne devra.

§ 57. — Du MALCU (241) ou crédit — Le seigneur peut l'exercer sur les objets de consommation à deux conditions : 1° de payer dans le mois; 2° de fournir un bon gage ou bonne caution. — Vente du gage après le mis en cas de retard.

Empero que li senhor et las donnas e li donzel del digh castel aio malcu en pa, en vi, (e) en causas menjadouras que hom [6]

1 Voir § 31 ci-dessus.
2 Debon.
3 Tugh.
4 Estaillat.
5 Estalinat.
6 No.

tenga a vendre (*ab bona fermansa que l pagues*[1]) per un mes, o ab bo peugh (242) que vailla mes la tersa part ; e al cap del mes que l solva ; e si adonx no l solvia, que aquel que auria aquel peuhs lo pusca vendre, e si mais n'avia que el n'aia dessus, que aquel qui (auria) pres[2] aquel peuhs demandes a lui en autra manera.

§ 58. — Du gage.— Nul n'est tenu de recevoir le gage de son débiteur.— L'objet engagé est aux périls et risques du preneur jusques au terme stipulé pour le payement, et sauf le cas de force majeure.

Hom ni femna no sia tenguth que prenga peuhs, si no l vol, al senhor ni a autre hom (243), empero es acostumat aissi de peugh ; so es assaber : que si hom pren peugh de senhor, o de cavalers, o de donzels, o d'autre home, aquel peughs estara a l'abantura[3] d'aquel que pres (a) aquel peughs entro al dia que sera enpres[4] entre lor que l deura solver (244); e si adonx no l solvia, lo peughs estaria d'aqui en la a l'avantura d'aquel que mes aquel peughs. E[5] es mays acostumat que si[6] alcus hom pert la sua causa que auria en peughs, e en aquela perda perdia[7] am de las suas causas que no sia tenguth d'aquela causa ni (re) en dara aquel que l'a mesa[8] en peughs (245), empero que jure sobre sans Evangelis que de las suas causas i a perdudas quand perdet aquela causa e no (o) digh per engen, ni per bauzia; e si en aissi no o jurava, enmenda la causa perduda (a) aquel que l'a mes en peugh, si (a) (que) la avia perduda ab de la sua causa dedins le terme que degra estre souta, o apres.

§ 59. — De l'adultère. — Les coupables courront la ville attachés l'un à l'autre, et payeront une amende de 20 sous.

(Tot home) que sera prens en adulteri ab femna mariduda,

[1] Ces mots, omis dans le texte, ont été pris dans la coutume de Prayssas. Ils sont indispensables pour compléter le sens.
[2] Mes. Ce mot va directement contre le sens de la phrase.
[3] L'avantura.
[4] Ou expres. Le mot est difficile à lire dans le manuscrit.
[5] Als.
[6] Sio.
[7] Per qui a cum.
[8] Metra.

o femna mariduda ab home que corro [1] ambeduy le digh castel, si empero es proat que aia fagh adulteri (246) ; e la femna ane prumera e tire home per la colha (247) ab una corda, e que la crida ane prumers disen que aital fara aital penedera [2]; e quada us d'aques adulteris donne XX sols de gatges, e sio las duas [3] parts al senhor e la tersa part al cosselh.

§ 60. — L'exécution des peines est confiée au bailli.

E l baile fassa e fassa far totas las justitias (248) que obs auran estre fachas en lo predich castel e en la honnor.

§ 61. — Coups et blessures. — Avec instruments tranchants ou contondants, 65 sous d'amende. — Sans armes, 10 sous. — Nécessité de plainte, sauf le cas d'homicide. — Dommages-intérêts.

E qui plagara home o femna hiradamens ab ferrament, o ab peira, o ab teule, o ab fust (249) que l coste LXV sols que sio al senhor, si clamor n'es facha al baile (250), e la dressa que fassa al plagat; e si no s'en clamava, li senhor n'i aurio re, si d'aquela plaga no moria ; e si l plagaba ab autra causa, e s'en clamava, que l costes X sols de justitia que fosso al senhor, e la dressa que sia facha totas horas al plagat [4] a conoguda del baile e del cosselh.

§ 62. — Coups et blessures (suite). — Mutilation de membres, 10 livres d'amende.

Qui traira olh, o tolra membre, o pijigera membre (251) hiradament que l coste X livras de justitia, las quallas livras sio al senhor, e que n fassa enmenda al nafrat a conoguda del baile e del cosselh. Empero si no s'en clamava al baile, lo senhor no i auria ja re, si mort no i avia.

§ 63. — Du vol. — De nuit, légumes et jardinages, valeur de 6 deniers, 65 sous d'amende. — Au-dessous, 10 sous. — De 12 deniers et au-dessus, 65 sous et la marque. — De jour, de 12 deniers à 5 sous, promenade

[1] Cora en bedoy.
[2] Prendra.
[3] Dias.
[4] Plagb.

par la ville en portant l'objet volé et 10 sous d'amende. — Au-dessous, 5 sous d'amende. — De 5 à 20 sous, promenade et 65 sous d'amende. — De 20 à 40 sous, la marque et 65 sous. — Au-dessus de 40 sous, la potence et la confiscation. — L'amende, pour les insolvables, est remplacée par le pilori et le bannissement. — Restitutions et réparations.

Qui panara de nugh causa valens VI diners, o ealx [1], o porro [2], o onios, o fracha, que l coste LXV de justitia e que sia al senhor (252);

E de la valor de XI diners en jos d'autras causas, que l coste X sols de justitia;

Qui panera de nugh autras causas de XII diners o d'aqui en sus, que l coste LXV sols de justitia que sio al senhor, e que sia (253) seignat a laprumera vetz [3], si la causa panada valia XII diners, o d'aqui en sus, mas si valhia meuhs que fa no sia senhat a la prumera vetz;

E qui panara de dia causa valens XII diners, o d'aqui en sus entre [4] a la valor de V sols, corre ab lo panadis al col, et que l coste X sols que sio las doas [5] partz al senhor et la tersa part al cosselh;

E de la valor de XII diners en jos que l coste V sols e que no corre le castel;

E qui panara de dias causas valen V sols et d'aqui en sus, que l coste LXV sols don sio las doas parts al senhor et la tersa part als cosselhs e corre lo castel ab [6] lo panadis al col;

E si la causa panada valhia XX sols o d'aqui en sus, que fos senhat a la prumera vetz;

E (aquel) que no poiria paguar aquestas tareatios que sia mes en l'espilori (254) tot un dia, e *puis tant* [7] bandits e gitats del castel cum se volran lo baile e l cosselhs;

E qui sera senhatz e qui sera proats que fasse autre laghs panadis que monte de XL sols en sus, que sia pendut e de las suas

[1] Eaux.
[2] Pors.
[3] Fois.
[4] Entre.
[5] Dios.
[6] En.
[7] *Sic.*

causas que sio faghs aco que dessus es digh aqui hom parla dels homicides [1].

E totas horas que hom panara de nugh o de dias enmende la causa panada a aquel de qui sera estada e mais que l renda aitant del seu (255).

§ 64. — Destructions et dommages. — L'incendie, les détériorations des récoltes et des denrées, les mutilations d'animaux sont punis de peines corporelles arbitraires, confiscations et réparations (256). — Nécessité de la plainte. — Responsabilité de la communauté et des paroisses voisines.

Qui talhara l'autrui vinha, o metra foc [2] en l'autrui maio o en fe o en blat son essiens, o versara o afolara l'autrui vi de tonna o de tonnel o de pipa, o ausira o engarera l'autrui beu o baca son essient, o qui ausiria o engarera l'autrui caval o equa [3] o rossi o muli o mula o ase o sauma hiradamens son essiens, o foras l'aia malafacha aquel que l'aura presa, que l renda del seu aitant, e totas las causas de lui sian encorsas, e del cors de lui que sia facha justitia a la voluntat del senhor del digh castel, si empero d'aquestas causas lo baile a agut clam, e si l cosselh n'a aguda rancura en denuntiant; e si no podia estre sagut que fe aquela malafacha per proansas o per enquisitio que fassa lo baile e lo cosselh, lo cominal del digh castel e de la honnor enmandesso a bona fe aquela malafacha a la conoguda del cosselh (a) aquelh que l'aura presa, empero, que si podia [4], que appellesso la ajuda de las vicinals perroquias segond los establiments de la pats (257).

§ 65. — Des informations criminelles. — Bailli et consuls informent en commun sur dénonciation. — D'office, pour homicide et pour vol.

Si la malafacha era granda, li baille e l cosselh pusca far essems (258) enquisitio sobre las predicas malafachas, e sobre panars, e sobre forsamens de femna, si d'aisso es fagh rancura al cosselh; e se n'es rancura e se n'es denuntiat, pusca far enquisitio los bailes e ls cosselhs sobre doas [5] causas, so es assa-

[1] Le chapitre auquel il est fait allusion n'existe pas. Peut-être a-t-il été omis par le copiste ?
[2] Fios.
[3] Ega.
[4] Pondia.
[5] Dios.

ber, de mort d'home o de femna, o de furt (com) mes dins lo castel e dins los baris (259).

§ 66. — Des violations de domicile. — Celui qui s'introduit dans la maison d'autrui doit être arrêté et livré au bailli. — Amende de 65 sous. — En cas de résistance ou de fuite, il peut être tué.

E qui crevara (260) en l'autrui[1] maio de nugh, que l senhor de l'ostal, o aquels qui y viendro, lo prenesso[2] et l rendesso al baille, et que l costes LXV de justitia que sio al senhor ; e si l no podio prendre o lor escapava e l'aucisio o l plagabo dins aquella maio o dins los appartements d'aquella maio, que no fe hom tengut al senhor ni als parents ; e si re i panaria que i fos fach cum de lairo segond lo panadis.

§ 67. — Des attentats aux mœurs. — Le coupable de ce crime sur une femme mariée doit être puni de la castration et d'une amende. — Sur une fille non mariée, il doit l'épouser ou la doter. — Faute de pouvoir la doter par insuffisance de fortune, il doit subir la castration et l'amende.

E qui pelegara (261) femna maridada, que perda los colx e que li senhor n'aia LXV sols de justitia ; et si la peleges e no a marit, *mel moser*[3] que la prenga per molher e no donne justitia, si la pren, si empero (es) ta(ls) persona que alles se convenga e ella lo vol per marit ; e si prendre no la volhia e si es estals persona que alles nos convenga, que l(i) baille marit[4] a conoguda del baille e del cosselh ; e si no a de que l(i) pusca donar marit, que fassa l'amenda que l poira a conoguda del baille e del cosselh, et perda[5] los colxs, e donne LXV sols de justitia al senhor, sos deutes pagats, se empero clamor n'es facha al baile, o rancurat, o denuntiament (fagh) als[6] cosselhs ; car si no era, li senhor no i auro la justitia.

[1] L'autre.

[2] Precesse.

[3] Ces mots sont inintelligibles et résultent évidemment d'une mauvaise lecture. Le sens de la phrase me paraît indiquer la correction suivante : *ni es piocella*, ET ELLE EST VIERGE ; mais cette correction est tellement hypothétique, que je n'ai pas osé l'introduire dans le texte. Je m'appuie cependant sur une coutume analogue, *Fumel, art.* 40, *inédit.*

[4] O.

[5] Perga.

[6] As.

NOTES.

(197) § 41. La stipulation du surcens produisait ce singulier résultat, que le même fonds pouvait servir de base à trois droits différents, savoir : 1° celui du sous-tenancier cultivant et exploitant directement à la condition de payer le cens et le surcens ; 2° celui du tenancier, converti en une rente, dite rente *seconde* ou *foncière ;* 3° celui du bailleur primitif ou seigneur, consistant en une rente dite *première,* ou *seigneuriale,* ou *censière.* Ces droits, une fois constitués, ne devaient jamais se confondre, et il en existait encore aux dix-septième et dix-huitième siècles un très-grand nombre dont l'origine remontait aux temps les plus reculés. Les propriétaires de *rentes foncières* ou surcens, faisaient tous leurs efforts pour les transformer en *rentes seigneuriales ;* de leur côté, les propriétaires des *rentes seigneuriales* résistaient vivement à ces prétentions : c'est ce qu'on appelait des *combats de fiefs.* Voir Boutaric, *Droits seign.*, p. 30.

(198) L'*octroi* était l'acte par lequel le seigneur direct de la terre agréait la substitution d'un tenancier nouveau au tenancier ancien. Cette substitution ne pouvait s'opérer sans son consentement, pas plus dans la stipulation de surcens que dans les ventes ordinaires : *on ne pot vendre ne donner de novel sorcens... sans le seigneur du lieu.* Beaum., chap. XXIV, art. 20, t. I, p. 350. — Octroyer, c'était approuver, confirmer, louer. *Laus* ou *lods* et *octroi* étaient exactement la même chose. Voir Ducange, vis AUCTORARE, AUCTORISARE, OTRIARE, OTRISIÆ.

(199) Accapter, c'était être soumis au payement régulier des droits de mutation. Voir ci-dessus, note (186), § 36.

(200) § 42. Le *vestissement*, en vieux langage le *vest*, était l'acte par lequel le donateur ou le vendeur saisissait le donataire ou l'acheteur de la propriété cédée. Cet acte consistait dans la remise d'un petit bâton passant des mains du propriétaire qui se dépossède aux mains du propriétaire nouveau. En certains pays on usait d'un habit successivement dépouillé et revêtu. Voir Ducange, vis VESTIRE, DISVERTIRE.

(201) J'ai maintenu ce passage tel qu'il est sans y rien modifier, quoiqu'il me paraisse à peu près inexplicable. Quel danger, en effet, pouvait courir le seigneur dans le cas où le donateur aurait omis volontairement ou involontairement de déterminer sa part de charges sur un immeuble resté indivis entre son donataire et lui. Il faut bien cependant que cette omission pût cacher quelque fraude, puisqu'elle était punie de la confiscation. Malgré mes recherches, je n'ai pu trouver aucun éclaircissement dans les documents contemporains, ni même chez des jurisconsultes plus récents. Il y a là, suivant toute apparence, quelque secret de chicane dont la tradition s'est perdue.

(202) Ces mots d'*aissi en avant*, en langage actuel *dorénavant*, semblent indiquer qu'on avait beaucoup à se plaindre de l'abus, quel qu'il fût, signalé dans la note précédente, et qu'on entendait y remédier pour l'avenir. C'est

ainsi qu'on avait procédé pour les surcens, en maintenant les anciens *sa en reire*, et en prescrivant de nouvelles règles pour les nouvelles stipulations à faire. Voir ci-dessus, §§ 39 et 40.

(203) § 43. Même disposition à Agen, chap. XXXVIII ; à Auch, art. 50 ; Bordeaux, § 176, p. 105. — C'était par cette rigueur dans l'exécution que les rentes seigneuriales se distinguaient plus particulièrement des autres rentes et notamment des surcens. Le moindre retard en cette matière était considéré comme un délit. Beaumanoir le range au nombre des mefaits : *Li secons cas dont li accusés se passe par son serment, si est quant aucuns sires accuse son tenant qu'il ne li a pas payé son chens a jour*, chap. XXX, art. 70 ; t. I, p. 435. — Le jour fixé était, en général, le même pour tous les tenanciers d'un même seigneur, et déterminé par l'usage. On le spécifiait quelquefois dans les baux à fiefs. C'était presque toujours une des grandes fêtes de l'année, telles que la Toussaint, Noël, la Saint-Jean, etc.

(204) § 44. Cette disposition est contraire à celle des coutumes d'Agen, où il est dit formellement, chap. XXXVIII : *mas en acaptes no a gatges*. C'est une contrariété assez rare entre les deux textes. Les seigneurs de Larroque avaient tenu à conserver toute la rigueur de leur droit, dont les habitants d'Agen avaient obtenu l'exemption. D'après Beaumanoir, l'amende pour retard du payement du droit de mutation était l'amende simple, c'est-à-dire 5 sous. Elle était de 60 sous quand l'amende avait été dissimulée, chap. LII, art. 25 ; t. II, p. 299. — Les *Établissements de saint Louis* ne donnent que sept jours et sept nuits pour le payement des droits de vente, et prononce contre le défaillant *le gage de la loy*, ou l'amende simple, liv. I, chap. LXX et XCII.

(205) § 45. Cette caution *pour le fief* était celle que le seigneur censier avait le droit d'exiger de son tenancier à titre de sûreté pour le payement de la rente et de ses autres droits. Cette caution ne pouvait être exigée qu'après réquisition préalable, *lo feuzater prumerament en queregut*. Cout. d'Agen, chap. XLI. — Le droit d'exiger cette caution était regardé sans doute comme une prétention bien exorbitante, puisque, d'après les coutumes d'Agen, le seigneur censier ne pouvait pas l'exiger en vertu de sa propre juridiction et qu'il devait la réclamer devant le seigneur principal, ou juge supérieur du fief.

(206) Ce mot *rancura*, en latin *rancor*, et dont nous avons fait *rancure*, était la plainte portée en matière criminelle. La *rancure* correspondait à ce que nous appelons aujourd'hui l'action civile. Voir Ducange, vis RANCOR, RANCORARE, RANCURA.

(207) La caution par la main, et la caution sur le fief étaient des modes de cautionnement entièrement différents : c'est ce qui résulte de ce passage des coutumes d'Agen, chap. XXXVIII, *deu lo fermar per fermansa parlant, si pot, e si no pot, deu lo fermar per sa ma, o sobre l feus que te de lui*. Ce texte indique formellement trois espèces de caution, la *caution parlante*, la *caution par la main* et la *caution sur le fief*. En l'absence de documents plus complets, il est impossible de préciser les nuances qui les séparaient.

(208) Qu'est-ce que cette caution *sur soi-même?* Il n'en est question

nulle part. Ne vaudrait-il pas mieux lire comme dans la phrase précédente et comme dans les coutumes d'Agen : *per sa ma?*

(209) § 46. A Agen, on distinguait entre le cas où le seigneur censier avait gain de cause et celui où il perdait son procès. Dans le premier cas, on lui adjugeait les dépens : *lo senhor aura son plagh atenhs, e sas messios rasonablas que auria faghs per aquel plaghs;* dans le second cas, au contraire, le seigneur n'était pas tenu des dépens : *e si l feuzater vencia lo senher del feus, lo senhor no l'es tenguts de far neguna messio que l feuzaters agues facha per aquel plaghs.* Cout. d'Agen, chap. XII. — La coutume de Larroque était plus libérale.

(210) Cf. Agen, chap. XLV : *en plagh que sia devant lo senhor de feus... l'autra part* (la partie vaincue) *li es tenguda* (à la partie adverse) *pagar las despensas taxadas e juradas per l'ofici del jutge.*

(211) *Que dans tous les cas.* La présence des consuls et des notables était une garantie précieuse contre l'arbitraire. Leur convocation pouvait entraîner des frais, et ce sont ces frais que le seigneur était autorisé à prélever, moyennant quoi il était tenu de faire juger *à son cort*, c'est-à-dire sans pouvoir rien réclamer au delà de ce qui avait été taxé. Cette présence des consuls et des notables était exigée dans toutes les villes municipales, et entrait dans la composition régulière de la cour, non-seulement du juge censier, mais encore du juge supérieur ou bailli. Les citations sur ce point pourraient se multiplier à l'infini. Voir ci-dessus, pour la taxe, § 26.

(212) § 47. Cf. Agen, chap. XLI. Ce principe, si favorable au tenancier, ne se maintint pas dans la pratique, et, dans les derniers temps de la jurisprudence féodale, on ne discutait plus d'autre question que celle de savoir combien il fallait de quittances pour tenir lieu de la preuve du payement des annuités arréragées. Voir Boutaric, *Droits seign.*, chap. II, § 4, p. 76.

(213) § 48. Le droit de tester était refusé aux serfs, sauf pour une somme insignifiante de 5 sous : *li sers ne pot lessier en son testament plus grant somme que cinq sous.* Beaum., chap. XII, art. 3; t. I, p. 180.— C'était donc un privilége réservé aux roturiers libres : *hom de poesté, qui n'est pas sers, pot, par nostre coustume, laissier en testament.* Beaum., *ibid.*— Ce privilége est stipulé dans toutes les chartes de coutumes, à peu près sans exception.

(214) L'âge requis pour tester était, en droit romain, de quatorze ans pour les hommes et douze ans pour les femmes : *in masculis quartum decimum annum spectandum, in fœminis vero duodecimum completum.* Dig., liv. XXVIII, tit. I, loi 5. — Cette règle était suivie à Agen : *hom pot far testament e orde quant aia XIV ans d'état, et femna a XII ans.* Cout. d'Agen, chap. LXIX, *in fine.* — A Larroque, le même âge, quatorze ans, était prescrit pour les femmes et pour les hommes, mais c'est probablement une erreur de copie. Il n'est pas probable qu'une coutume aussi restreinte ait pu déroger au droit commun du pays sur un point aussi important.

(215) Le *chapelain* ou le prêtre tenait lieu de notaire dans beaucoup d'actes et particulièrement dans les testaments. Cet état de choses remontait à une époque où le clergé possédait seul l'instruction suffisante pour servir d'interprète aux volontés des mourants. Son intervention avait na-

turellement amené une modification profonde aux lois romaines en ce qui concernait les testaments, notamment en ce qui concernait les testaments dits *nuncupatifs*. Les sept témoins exigés par la loi romaine, *Instit.*, liv. II, tit. X, § 14, furent remplacés par le prêtre, dont le témoignage fut réputé aussi digne de foi que celui de ces sept témoins. Cette dérogation une fois admise, on dut se demander si deux ou plusieurs notables ne pourraient pas remplacer le prêtre, et les coutumes se prononcèrent pour l'affirmative. Ce ne fut cependant pas sans difficulté, et Beaumanoir nous apprend que de son temps les partisans du droit romain cherchaient à faire revivre sur ce point la loi romaine : *et cha en arrierre ne vausist pas li testamens qui ne fust écris, s'il ne fust tesmougniés par cinq personnes* (il veut dire sept), *si comme nos avons entendu des signeurs* (enseigneurs) *de lois*. Beaum., chap. XII, art. 40 ; t. I, p. 197. — Mais ces principes ne prévalurent pas, et le même jurisconsulte nous apprend que deux témoins dignes de foi suffisaient pour faire preuve d'un testament verbal : *testament qui est fes sans écris pot bien valoir quand il est tesmougniés par le serment de deux loiax tesmoins*, ibid. — Cette pratique s'est continuée jusques à nos jours, sauf que l'ordonnance de Moulins ayant prescrit la preuve testimoniale au-dessus de 100 francs, on dut recourir à un notaire en présence de deux témoins. Les ordonnances de Blois, art. 63 ; d'Orléans, art. 27, et l'ordonnance de 1735, art. 25, permirent de remplacer ces notaires par les vicaires et curés. Néanmoins, dans les pays de droit écrit, on tenait toujours pour sept témoins, en comptant le notaire ou le curé pour un témoin. Le Code Napoléon a tranché définitivement la question, en maintenant la nécessité de l'écriture, et en exigeant la présence de deux notaires et deux témoins, ou d'un notaire et quatre témoins. Code Nap., art. 971.

(216) *Testamenta facta ab habitatoribus in præsentiâ testium fide dignorum valeant, licet non sint facta secundùm solempnitatem legum*, DUM TAMEN LIBERI NON FRAUDENTUR SUA LEGITIMA PORCIONE, *convocato ad hoc capellano loci, vel ecclesiasticâ personâ, si commode possit vocari*. Cout. Castelam., art. 2, inédit. — Article commun à un très-grand nombre de chartes de coutumes.

(217) Cf. Agen, chap. XXI. Beaumanoir veut que le seigneur impose aux établissements religieux l'obligation de vendre l'immeuble dans l'année : *s'il est laissié as gens de saint Eglise, li sires lor pot commander qu'ils le mettent hors de leur main dedens an et jour*. Beaum., chap. XII, art. 21 ; t. I, p. 189. — Les motifs de cette prohibition sont les mêmes que ceux qui ont été exposés au paragraphe 34 ci-dessus, *Notes*. — *Laissa*, de *legatum*, *leygs*, *leiss*, *laiss* ou *laissa* ; actuellement *legs*. Cette forme de *laissa* se retrouve dans les mots *laisser*, *délaisser*.

(218) § 49. *Cofes*, en latin *confessus*, est littéralement celui qui meurt après avoir reçu les sacrements de l'Eglise ; mais ce mot avait reçu une plus grande extension par suite de l'usage qui consistait à solliciter des mourants, dans ce moment suprême, un legs pieux, ce qu'on appelait une *aumône*. Celui qui s'y refusait, et il devait s'en rencontrer, ne fût-ce que parmi les hérétiques, était déclaré *déconfés*. Ainsi *confes*, c'était celui qui avait fait ses dispositions pieuses, ses legs *au profit de son arme*, comme

on disait alors. La loi civile protégeait cet usage, et adjugeait au seigneur les meubles de celui qui mourait sans s'être mis en règle de ce côté : *se aucuns hom ou aucune fame avat geu malade, et il ne se volust confesser, et il morust desconfés, tuit li muebles seroient au baron.* Establ. de saint Louis, liv. I, chap. LXXXIX.— On se départissait cependant de la rigueur de cette règle au profit des héritiers de celui qui était mort de mort subite. Voir Ducange, vis CONFESSUS, INTESTATUS. — Il pouvait arriver que le défunt, après avoir fait ses legs pieux, ne crût pas devoir disposer de l'ensemble de ses biens, et c'est ce cas que notre article paraît avoir eu en vue.

(219) Du mot latin *ordo*, ordre, disposition. Au temps de Ferrière, on se servait encore du mot *ordonnance* pour exprimer une disposition de dernière volonté. Ferr., *Dict. de prat.*, v° ORDONNANCE.

(220) On voit, par ce passage, que le droit de succession directe, qui était cependant de droit commun pour les hommes *non serfs*, n'était pas encore tellement accepté à Larroque, que, même dans le cas où le défunt avait rempli tous ses devoirs religieux, les héritiers fussent à l'abri de toute contestation. Cet article a donc pour but de proclamer le droit de transmission plutôt que d'en régler l'exercice. Il en est tout autrement du droit de déshérence, qui est traité avec les plus amples détails.

(221) Cf. Agen, chap. XLIII. Toutes les chartes de coutumes sont à peu près d'accord pour accorder aux consuls des villes le droit de s'emparer provisoirement de toutes les successions en déshérence, mais elles exigent pour la plupart un inventaire régulier : *Consules bona defuncti,* DESCRIPTA TAMEN, *commendabunt.* Castelam., art. 62, inédit. — Cet inventaire exigé dans toutes les chartes rédigées en latin, est omis dans presque toutes celles qui sont rédigées en roman.

(222) Ce principe était de droit en vertu de l'axiome *Non est successio nisi deducto ære alieno ;* mais il était rappelé ici pour autoriser les dépositaires provisoires à payer la veuve et les créanciers en l'absence de tout héritier apparent.

(223) Probablement *censut, censualis, censuarius.* Ducange, v° CENSUS.— Ce seigneur *sangut* ou *censut* était probablement celui dont le tenancier tenait à titre d'*homenatge,* et dont il sera question plus bas, §§ 51 et 53.— Il semble résulter de là que, malgré les libertés accordées aux habitants de Larroque-Timbaut, les traces du servage n'étaient pas complétement abolies, et que quelques-uns d'entre eux continuaient à être *les hommes* de certains seigneurs. On ne trouve rien d'analogue ni dans les chartes contemporaines, ni dans les jurisconsultes de cette époque, du moins mes recherches ont été vaines à cet égard. Ducange distingue deux sortes de *censum,* le *censum ingenuile* ou libre, et le *censum servile,* tenant plus ou moins du servage, *ibid.*

(224) L'*ost,* en latin, *hostés,* était l'armée convoquée par le roi, le comte ou tout autre suzerain, pour la défense du royaume ou du comté. Les *Établissements de saint Louis,* liv. I, chap. LXI, ne parlent que de *l'ost-le-roy ;* Beaumanoir met sur la même ligne *l'ost-le-roi* et *l'ost-le-comte. S'ils sont sémons por l'ost-le-comte ou por l'ost-le-roi.* Beaum., chap. II, art. 10; t. I, p. 50.— La terre d'Agenais, ayant été un ancien comté, avait, tout en

perdant ce titre par suite d'un non-usage de plusieurs siècles, conservé la qualité de terre suzeraine. Ses seigneurs, qui étaient, suivant le hasard des successions féodales, ou suivant les chances de la guerre, tantôt le comte de Toulouse, tantôt le roi d'Angleterre et tantôt le roi de France, avaient gardé le droit d'*ost*, et pouvaient convoquer à cet *ost* tous les seigneurs du pays. Ces seigneurs sont ceux que cet article désigne sous le titre de *maior senhor d'Agenes*. Les coutumes d'Agen les qualifient de *senhor lo prime*, chap. XI, rubrique.—La qualification de *senhor maior* était la plus en usage. Voir *Cout. de Prayssas, pet. cout.*, art. 6.—Le service de l'*ost* était tout à la fois une prestation réelle, en ce sens qu'elle était due par le fief vassal et constituait une des charges de ce fief, et une charge personnelle, en ce sens qu'elle était fournie par le propriétaire du fief en personne. Tant qu'il n'y avait qu'un seul propriétaire ou seigneur, et que ce propriétaire était en état de porter les armes, l'obligation, quel que fût son caractère légal, était facile à remplir ; mais quand le fief était une propriété collective, il y avait plus de difficulté. A qui devait incomber cette charge? L'usage avait introduit une foule de solutions différentes. A Larroque on l'avait répartie un peu sur tout le monde. Chaque seigneur devait y faire le service à son tour, et les habitants faisaient les frais. En somme, les habitants n'avaient pas à se plaindre; ils s'en tiraient à bien meilleur marché que ceux d'Agen, obligés d'envoyer un homme par maison : *e la ost deu estre aitals que l senhor de l'ostal deu anar en ost o i deu trametre per si.* Cout. d'Agen, chap. II. — La convocation de l'*ost* se faisait au moyen d'une proclamation générale ou *mandement* répandu dans tout le pays : *deu mandar e far cridar la ost generalment per tot l'Agenes.* Cout. d'Agen, ibid. — *Ordonna le roi au comte de Lille une grande chevauchée. Il obéit, et* FIT SON MANDEMENT *à Toulouse.* Froissard, t. I, part. I, chap. CVI.— Cet usage existait encore au temps de Charles le Téméraire : *il fit crier que chacun mit sus... et envoya ses serviteurs pour mettre sus les gens de son pays.* Mém. de Comines, liv. III, chap. I. — Quant à la garantie dont il est question dans cet article, il faut savoir que l'inexécution du service entraînait une amende à la charge du fief tout entier. Les co-seigneurs et les habitants, après avoir accompli leurs propres obligations, devaient naturellement demander à être rassurés contre toute éventualité à cet égard : *e se les gens le roy tuevent les hons coustumiers par les chasteleries qui fussent remés, si en porroit bien lever sus chacun l X sols d'amende, et li bers ne les porroit garantir.* Establ., liv. I, chap. LXI.

(225) *Motus*, de *movere*, quand il se sera *mis en mouvement.*

(226) La durée normale de l'*ost* était de quarante jours : *li ciutada e li borzes d'Agen devo far ost de XL dias.* Cout. d'Agen, chap. II.— *Et li hons coustumiers ne doivent estre en l'ost le roy que quarante jours et quarante nuits.* Establ., liv. I, chap. LXI. — Cette durée cependant pouvait être abrégée par un *desmand* ou *contremand*, c'est-à-dire par un ordre contraire à celui de la convocation. Voir Ducange, vis DESMANDATUM, CONTRAMANDATUM.

(227) § 51. L'*homenatge* ou hommage, *hominium, hominagium, homenagium*, était, pris dans son sens le plus étendu, le lien de dépendance per-

sonnelle créé par le régime féodal entre le seigneur et son vassal; ce mot s'appliquait également au vassal noble et au serf, parce qu'ils étaient l'un et l'autre les *hommes* du seigneur. *Hominum est servitium quod homo, seu cliens, vel servus domino suo præstare tenetur*, Ducange, v° HOMINIUM. — Les chartes de coutumes ont rarement à s'occuper de l'hommage noble, mais il y est fréquemment question de l'hommage servile qu'elles repoussent avec énergie. On trouvera plus bas, § 53, des *fiefs d'homenatge*, ou terres auxquelles était attaché le caractère de la servilité personnelle du tenancier. La distinction entre l'hommage noble et l'hommage servile, ressort clairement de ce passage extrait par Ducange d'un registre des comtes d'Angoulême, sous la date de l'année 1315 : *et aura en la ville le quart des hommages des chevaliers, et le ters des hommages des servants.* Duc., ibid. — Toutes les villes cherchaient à s'agrandir en stipulant dans leurs coutumes que ceux qui viendraient habiter dans leur sein seraient libres de tout servage. C'était une porte sans cesse ouverte aux émigrations de serfs, émigrations que les seigneurs ne trouvaient moyen d'arrêter qu'en conférant eux-mêmes à leurs serfs les libertés civiles que ceux-ci allaient chercher ailleurs. La ville d'Agen avait donné dans le pays l'exemple de cet appel aux serfs mécontents ou avides de libertés, en les prenant sous sa protection spéciale : *e quant tal avenediss* (aubain, étranger) *sera venguts à Agen, lo senhor del los dont aquel avenedis sera venguts, ni autre, no l deu prendre, ni far mal, ni a las causas, e si o faria lo cosselh e la universitat devo lo emparar.* Cout. d'Agen, chap. XXXIII.

(228) Les coutumes d'Agen donnaient un an et un mois pour faire choix d'un seigneur. Ce choix s'opérait au moyen de l'achat d'une maison, d'un champ, ou de tout autre immeuble soumis à rente féodale : *que dins un an e l mes comprara maio, o terra, o vinho.* Cout. d'Agen, ibid.

(229) Ajoutez à ce mot *home* les mots *de paratge*, comme au paragraphe 34 ci-dessus. Les nobles seuls ou *gens de parage* avaient droit de posséder des terres baillées à rente féodale.

(230) La *gacha* ou *guacha*, en français *guet*, était la garde de la ville, des murailles et des tours. Par extension, on appelait *gacha* l'impôt prélevé sur les habitants pour les frais de cette garde. Voir Ducange, vis GACHA et GUACHA. — A Agen, le nouveau venu était exempt de toute charge, même de la garde : *deu estre francs et quitis de garda et de tota messio de vila.* Cout. d'Agen, ibid.

(231) § 52. Cet article rappelle une de ces plaies du moyen âge qui ont longtemps arrêté le cours de la civilisation, qui a fait jusqu'à ces dernières années le malheur de la Corse, et qui en ce moment même déshonore en Italie une cause politique honorable par elle-même ; en un mot, ce qu'on appelle le banditisme. Quand un homme avait été tué soit par vengeance, soit autrement, il prenait la fuite et devenait un danger permanent pour la sécurité publique. La coutume de Larroque défendait sa rentrée sans l'autorisation de l'autorité et le consentement des parents de la victime. Le motif de cette prohibition est facile à comprendre. Son retour, alors même qu'il n'aurait fait que se défendre, ne pouvait qu'entretenir les haines et nourrir cette *vendetta*, qui forme un des traits distinctifs du

moyen âge, et que la Corse seule avait conservée au milieu du renouvellement général des mœurs. Mais quelle était la situation de ces hommes, et était-il permis de leur donner asile? Sur ce point, presque toutes les coutumes gardent un silence prudent, mais elles le défendaient formellement dans les cas suivants : 1° lorsque le meurtrier avait tué un homme du lieu et se trouvait par conséquent dans l'impossibilité légale d'y rentrer; 2° lorsqu'il retenait en prison un homme du lieu : il paraît que les bandits de cette époque procédaient comme ceux d'aujourd'hui, et s'emparaient de ceux qu'ils voulaient rançonner, en les gardant jusqu'à rançon; 3° lorsqu'il y avait eu bannissement formellement prononcé : *si for bandits ne era* (Cout. d'Agen, chap. LVII, et autres); 4° lorsqu'il y avait défense formelle de la part d'un créancier ou toute autre personne intéressée : *per boca de lui o per crida de la vila*. Sér., art. 71. — La coutume ajoute un cinquième cas d'exception, c'est l'état de guerre contre un des seigneurs du lieu. Les guerres privées étaient alors de droit commun, et les vassaux qui devaient assistance à leur seigneur, ne pouvaient sans crime donner asile à ceux qui s'armaient contre lui.

(232) Conduire, recevoir, secourir. Voir Ducange, vis CONDUCERE et GUIDARE.

(233) Il faut ajouter, comme au paragraphe précédent, note (229), au mot *home* les mots *de paratge*. Le droit de guerre n'appartenait qu'aux gentilshommes, *guerre ne pot queir* (choir) *entre gens de poesté ne entre bourgois*. Beaum., chap. LXXXIX, art. 5; t. II, p. 355.

(234) § 53. Cette liberté était le complément de la liberté civile. C'est une de celles à laquelle le régime féodal a le plus longtemps résisté à cause de ses conséquences. Il pouvait en résulter, en effet, un abandon complet de toutes les terres, ce qui aurait entraîné la ruine du fief et celle du seigneur. A Prayssas, le changement de domicile ne pouvait s'opérer que dans l'étendue même du fief, *en qualque partida, se volha, del castel*, art. 5. — Le servage était plus particulièrement caractérisé par sa prohibition de s'éloigner; cette prohibition existait encore dans toute la force au treizième siècle, et son abolition n'était pas un des moindres bienfaits du régime des villes privilégiées.

(235) En accordant la liberté de translation, la coutume prend les intérêts des habitants. Ainsi, le partant ne peut se soustraire à ses créanciers, ni à ses autres obligations; il ne peut ni emporter subrepticement ses meubles, ni se dérober aux poursuites dont il peut être l'objet. Ce principe manque à notre législation actuelle, et les inconvénients qui en résultent en font trop souvent regretter l'absence. Les coutumes d'Agen imposent à ceux qui sont venus s'établir dans cette ville l'obligation de remplir tous leurs devoirs envers le seigneur qu'ils ont quitté. Cout. d'Agen, chap. XXXIII.

(236) Il a été question ci-dessus, § 52, note (227), de ces terres ou fiefs d'*homenatge*. On voit par les coutumes de Bordeaux, art. 191, que la tenure de ces terres ressemblait par bien des points à la tenure des terres en censive; mais elles en différaient par quelques côtés, et notamment par celui-ci : à la mort du tenancier, le seigneur pouvait s'emparer des meu-

bles et en faire cadeau à son gré. Les coutumes d'Agen, après avoir autorisé les étrangers à retenir les terres baillées à cens, refusent toute protection à ceux qui enlèvent quelque chose de leurs anciens fiefs tenus à *hommaiga, prendent, o portant, o raubant de las causas d'aquel feus d'omenatge* (Cout. d'Agen, chap. XXXIII), d'où il faut conclure, ce semble, que l'*homenatge* était une terre garnie d'objets mobiliers attachés à perpétuelle demeure, d'outils et instruments aratoires, par exemple. Les coutumes de Lamontjoie confondent le fonds tenu à *homenatge* avec le fief *questal* ou servile: *tenens fundum questale propter quod homagium sive quæsta debeatur.* Cout. Lamont., art. 2, *Rev. hist. du dr. franç.*, septembre 1860. — Une des obligations principales était la résidence personnelle du tenancier.

(236 *bis*) § 55. QUESTA, *tributum quod exigitur, quæritur*, Ducange, v° QUAESTA : *taille qu'on apelle queste.* Cout. du Bourbonnais, art. 343.—La *queste* était donc un impôt levé pour les besoins de la ville. Beaumanoir l'appelle la *taille*, et ce mot plus connu rend mieux l'idée qu'il y attache. Le droit de lever ces tailles était général et absolu, et il ne paraît même pas que les seigneurs aient fait le moindre effort pour s'y opposer, ni même pour le réglementer. De nos jours, c'est la partie des attributions municipales que l'autorité centrale surveille avec le soin le plus jaloux. L'indépendance municipale y a perdu, sans contredit, son droit le plus caractéristique. L'exception contraire au profit des *seigneurs et donzels* était également générale : *tout cil qui sunt es viles ne sunt pas tenus à estre taillés, si comme... li gentilhomme, li quel ne se mellent pas de marceander.* Beaum., chap. L, art. 14; t. II, p. 271. — Cette exemption, à laquelle il faut ajouter celle du clergé, était, dans les villes, une source à peu près permanente de discussions et de conflits. Quant à ceux qui restaient assujettis à la taille, elle devait être répartie proportionnellement aux facultés, *par sous et livres*, ou, comme on dirait aujourd'hui, *au marc le franc* : *que lo cosselh las traga per sols e per livras de la universitat de la ciutat*, Cout. d'Agen, chap. LIII.

(237) § 56. Ce principe, répété dans toutes les chartes de coutumes et pratiqué en France dans toutes les anciennes villes privilégiées, a servi de fondement au droit d'après lequel, en Angleterre, les communes sont seules investies du droit de voter l'impôt. C'était en vertu de ce principe que les rois, les ducs et autres suzerains, quand ils avaient une expédition à entreprendre, étaient tenus de convoquer les villes pour solliciter leur concours. Les états généraux et provinciaux n'ont pas eu d'autre origine.

(238) L'impôt, appelé primitivement *questa*, paraît avoir été d'origine servile. C'est ce qui résulte du mot *questales*, employé pour désigner les serfs. On en avait étendu le sens en l'appliquant aux charges municipales, *questas comunal.* § précéd., note (236).

(239) Le *do* ou *don, donum*, appelé aussi *aide gracieux* (voir Ducange, vis AUXILIUM, DONUM), était une somme donnée volontairement, ou présumée donnée volontairement par les vassaux, à l'occasion d'une circonstance spéciale. On abusait beaucoup sous l'ancien régime, et plus particulièrement au moyen âge, de cette prétendue bonne volonté.

(240) Le prêt ou *mutuum* était encore le résultat d'un abus d'autorité

comme le *don*. On imposait la ville pour une somme fixe qu'on promettait de rendre; il va sans dire que cette promesse était rarement remplie. C'est de l'emploi trop fréquent de ce moyen qu'est né le système de dette perpétuelle qui a fondé en France, comme ailleurs, le crédit public. Voir Ducange, v° MUTUUM.

(241) § 57. Ce droit est à proprement parler le *droit de réquisition*. Ce droit, créé par la féodalité, a été, comme on sait, exploité par les révolutionnaires, qui n'ont pas eu même le mérite de l'invention. J'ai vainement cherché ce mot soit dans Ducange, soit ailleurs ; on le traduisait en latin par *credenza, credentra*, d'où est venu notre mot français *crédit*. Voir Ducange, *his verbis*. — Les habitants de Prayssas étaient soumis à ce droit, art. 8. — Ceux de Sérignac en étaient exempts : *Nos ne devem aver questa ni malcu*. — Ce droit ne s'exerçait d'ailleurs que sur les marchands.

(242) De *pignus*, gage. Ce mot avait un double sens, et signifiait à la fois *gage* et *saisie*. Pour les distinguer, on se servait plus habituellement du mot *penhora* pour exprimer la saisie, mais ce n'était pas général.

(243) § 58. Ce principe, qui paraît si simple, éprouvait pourtant des difficultés. La loi féodale était plus favorable au débiteur qu'au créancier, et forçait ce dernier de s'arrêter quand on lui présentait un bon gage : *cil se réclaimme à tort à qui bons nans* (objets de nantissement) *sunt o fort por le valor de se dete, dedens le jor du commandement*. Beaum., chap. LV, art. 2; t. II, p. 320.

(244) Cette disposition est contraire à la règle : *Res perit domino*. En droit romain, le créancier n'était responsable que de sa faute: *si nulla culpa seu segnitia creditori imputari potest, pignorum amissorum dispendium ad periculum ejus minime pertinet*. Cod., liv. IV, tit. XXIV, loi 7. — Mais le droit féodal, toujours favorable au débiteur, avait renversé ce principe qui a été rétabli par notre législation. Cod. Nap., art. 2080.

(245) Cf. Cod., liv. IV, tit. XXIV, loi 5 : *Quæ fortuitis casibus accidunt, cum prævideri non potuerint, in quibus etiam aggressura latronum est, nullo bonæ fidei judicio præstantur*.

(246) § 59. Cf. Agen, chap. XIX ; Prayssas, art. 13; Sér., art. 22; et une foule d'autres coutumes. En droit, les coutumes se montraient très-sévères contre l'adultère, et les peines prononcées étaient, selon l'observation de Fauriel (*Hist. de la poésie prov.*, t. I, p. 175), plus scandaleuses que le délit lui-même. Mais en fait, l'application de ces peines devait être très-rare. Il fallait en effet que les coupables fussent surpris par le bailli et deux consuls, *nudus cum nudâ, in actu veneris, us sobre l'autri, o que l'hom aia las bragas trachas* (culotte à bas). Agen, chap. XIX. — Ce qui devait nécessairement être rare et difficile. L'article 338 du Code pénal exige encore le flagrant délit.

(247) Voici un exemple relatif à cette peine.

« Cy après orres les justices et jugements que je vy faire à Césaire, « tandis que le roy y séjourna. Tout premier d'un chevalier qui fut prins « au bordel, au quel ou partit ung jeu, ou que la ribaude avecques la « quelle il avoit esté trové le méneroit parmi l'ost en sa chemise *une corde « liée à ses génitoires*, la quelle corde la ribaude tiendroit d'ung bout,

« ou qu'il perdroit son cheval... » Le chevalier opta pour la perte de son cheval. Joinv., édit. Ménard, p. 204. — Dans les villes agenaises, les coupables pouvaient aussi traiter pour une amende de cent sous, *et sit optio eorumdem*. Castela., art. 20.

(248) § 60. Ce mot *justitia* avait un sens complexe. Il signifiait : 1° le droit de juridiction et, plus spécialement, la juridiction criminelle, *la haute justice, la moyenne justice,* qui se distinguaient par la gravité des peines à prononcer; 2° les peines prononcées en vertu de ce droit : *le seigneur aura pour justice*, etc., formule qui se retrouve incessamment; 3° l'exécution de ces peines ; on connaît la formule célèbre : *Laissez passer la justice du roi.* Il s'agissait d'exécutions. C'est dans ce dernier sens que ce mot doit être pris ici.

(249) Les coutumes varient beaucoup sur l'énumération des instruments qui constituent des circonstances aggravantes, et sur le taux des amendes, mais elles sont d'accord sur le principe même de cette classification, principe sur lequel notre Code pénal a refusé de s'expliquer. *Ferramen,* arme en fer; *gladius, ensis,* etc.; *peira, petra,* pierre ; *teule, tegula,* tuile; *fust, fustis, baculus,* bâton.

(250) En droit criminel, les coutumes des villes inclinaient volontiers pour les coupables, comme en droit civil elles inclinaient pour les débiteurs. La nécessité de la plainte préalable n'avait d'autre but que d'arrêter les poursuites d'office. C'est en vue de cette protection qu'elle est exigée encore aujourd'hui en matière d'adultère et de délits de presse.

(251) § 62. Il existait plusieurs systèmes de graduation, et chaque coutume avait la sienne, différente des autres par quelques détails seulement. A Agen, cependant, cette gradation n'existait pas. Voir chap. XVI, *traira,* de *trahere,* arracher; *olh, oculus,* l'œil; *tolra,* enlever, couper:

> *La teste vous* TOULDRAI *par-dessous le menton*
> *Si que jamais n'aurez besoin de chapperon.*
>
> Roman du Guesclin.

Pijigere, ou mieux, *pejorerai, pejorem facere,* atteindre, amoindrir; en vieux français, *méaigner.*

(252) § 63. Voir art. 388 du Code pénal. Chaque coutume avait son système particulier fondé sur l'heure, la nature et la valeur des objets volés, les instruments du vol, etc. On retrouve des traces d'un système analogue dans la combinaison des articles 401, 388 et 471, n° 9, du Code pénal. Les bases premières de notre droit criminel datent de loin. *Ealx,* de l'ail ; *porros,* porreaux ; *onios,* oignons ; tous objets de jardinage. Voir pour les vols d'objets de consommation, Beaum. chap. XXX, art. 80; t. I, p. 449.

(253) *Signatus, signare,* c'était : *reis stigma vel signum imprimere.* Ducange, vis SIGNARE, SIGNATIO, SIGNUM IN FRONTE ET IN FACIE. — Cette peine était très-commune au moyen âge. Elle s'est conservée jusqu'à nos jours, et n'a été complétement effacée que par la loi de 1832. A propos de ce mot *signare,* Ducange cite un passage extrait de la coutume de Va-

lence d'Agenais, d'après un registre de la connétablie de Bordeaux, *descriptæ in regesto constabulariæ Burdigalensi*. Ce registre paraît malheureusement perdu.

(254) *Pilori*, colonne au pied de laquelle on attachait les coupables. Cette colonne était un signe de haute justice; on la plantait sur la place publique, où elle était d'ordinaire en permanence. La peine du pilori, désignée dans le Code pénal de 1810 sous le nom de *carcan*, et conservée par la législation de 1832 sous la dénomination d'*exposition*, a été abolie par le décret du 12 avril 1848.

(255) Cette peine est empruntée au droit romain : *pœna manifesti furti quadrupli est ; nec manifesti duplex*. Instit., liv. IV, tit. I, § 5.

(256) § 64. Les habitudes violentes du moyen âge amenaient de fréquentes dévastations. Elles étaient, dans certains cas, couvertes par le cas de guerre, mais dans les autres cas elles restaient des cas punissables. Les coutumes variaient considérablement sur le taux des peines à appliquer. A Agen comme à Larroque, elles étaient arbitraires : *passaria pena a esgart del senhor e del cosselh*. Cout. d'Agen, chap. XV. — D'après Beaumanoir, il n'existait pas de règle fixe pour les dommages faits aux vignes : *la coustume des domaces qui sunt fet en vignes se diversifient en tant de liex c'on n'i pet metre droit commun, ainçois en convient uzer selons le coustume de çascun liu*. Beaum., chap. XXX, art. 80 ; t. I, p. 439. — *Taillar*, couper, abattre, renverser. Voir Ducange, v° TALLIARE. — On lit également dans les Coutumes d'Agen, chap. XV, *si alcus tailhara l'autrui vinha ; foc, focum, focus*, feu ; *si alcus hom o femna metia foc en maio*. Cout. d'Agen, *ibid.* — Dans le Beauvoisis, l'incendie était puni de mort : *qui art meson à essient, il doit estre pendu*. Beaum., chap. XXX, art. 9, t. I, p. 413. — A Bordeaux, on distinguait l'incendie commis de jour et l'incendie commis de nuit. Cout. de Bordeaux, § 15. — La même distinction se retrouve dans les Etablissements de saint Louis : *qui art meson de nuit, cil pert les iex, Establ.*, liv. I, chap. XXIX. — *Afolar*, gâter, améliorer, voir Ducange, v° AFFOLARE : *pour ce que son pays estoit faible, tantost l'auroit affolé* : parce que son pays était faible, tant ou l'avait épuisé. Comines, liv. I, chap. II. — *Equa*, de *equus*, jument, dont on avait fait *haquenée* ; *sauma*, ânesse, d'où *saumada*, charge d'âne ou d'ânesse ; *engarar*, blesser, tuer (voir Ducange, vis GARSAR, JARSAR) ; la véritable lecture doit être *engarsar*.

(257) En quoi pouvait consister cet établissement de la paix ? Cet acte s'est égaré et il serait difficile d'en indiquer les clauses, même par voie de conjecture. La responsabilité dont il est question dans cet article est celle qui a dicté la loi du 10 vendémiaire an IV. Le principe en était généralement admis dans l'ancien droit.

(258) § 65. *Ensemble, en commun*. Il était de principe dans le droit féodal que l'information ou l'enquête ne pouvait être faite par le juge seul : *nul ne doit fere enqueste sens qu'il n'ayiat bone gent avec li por fere l'enqueste*. Beaum., chap. XL, art. 17, t. II, p. 137. — *La bone gent*, dans une ville municipale, c'était le conseil de la ville. Cf. Agen, *Cout.*, chap. XVII, et toutes les coutumes du pays. Quant à la nécessité de la plainte, voir ci-dessus, § 61, note (250).

(259) Faubourg, quartier hors de la ville. Voir Ducange, v° BARRIUM.

(260) § 66. Cf. Agen, chap. XX. Ce mot *crebara* se trouve aussi dans les coutumes de Layrac, p. 20, et dans plusieurs autres textes ; mais on lit dans Agen : *si negus hom s'en clava* ; cette version, *s'en clava*, paraît meilleure et répond exactement au sens général du chapitre ; elle répond à la locution latine *se claudere*, s'enfermer ; *crebara* doit donc être une altération de *clavara*. Il y a *nuit*, d'après les Coutumes d'Agen, quand les voisins sont couchés : *despoiss que sei vezi seran colcat*, ibid. D'après ces mêmes coutumes, le propriétaire envahi doit crier au voleur ! *autament cridar a lairos aissi que li vezi o devo le auzir*, et c'est alors seulement que, avec le secours des voisins accourus, on pouvait arrêter le coupable ou le tuer impunément. Beaumanoir a prévu ce cas qui devait être assez fréquent : *grans périx est d'entrer en autrui manoir par nuit sans le congié et sans le sceu de celi à qui le manoir est... et s'il l'ocient parce que il se tourne à deffense, en doivent tout cil de l'hostel estre excusé.* Beaum., chap. XXXIX, art. 46 ; t. II, p. 108. — De nos jours, l'homicide commis en repoussant l'entrée d'une maison est encore considéré comme un cas d'excuse légale. Cod. pén., art. 329, § 1.

(261) § 67. Le mot *pelegar*, *pelejar*, *pelegiar*, n'emporte aujourd'hui, dans l'idiome local de l'Agenais, d'autre sens que celui d'*avoir querelle*, de *disputer par paroles*, et, tout au plus, de *provoquer*. Il semble qu'au moyen âge il n'avait pas non plus d'autre sens ; c'est au moins ce qui résulte des citations faites par Ducange, v° PELEGIAMENTUM. — D'un autre côté, il est certain que ce mot s'appliquait à un certain ordre d'attentats commis envers les femmes. On lit en effet dans les coutumes de Gourdon : *qui peleia femna maridada encorreguts al senhor.* (Cout. Gourd., § 13) ; et dans celles de Fumel : *tots home que pelejara femna piossella que la marida.* Cout. Fumel, § 40, inédit. — Mais quelle était cette nature d'attentats ? Les coutumes d'Auch indiquent clairement le viol : *si aliquis per vim cognoscerit mulierem maritatam.* Cout. d'Auch, art. 45. — Mais cette interprétation toute locale paraît difficile à accepter d'une manière générale. Le viol, en effet, en vieux français, *femme efforcier*, était puni de mort : *quicunques est pris en cas de crieme et ateins du cas si comme de mordre... de feme efforcier, il doit estre traîné et pendu.* Beaum., chap. XXX, art. 2 ; t. I, p. 411. — Ici, au contraire, la peine est tellement adoucie qu'on a peine à croire qu'il s'agisse du même fait. Il semble, en conséquence, que ce mot *pelajar*, du mot *stupraverit*, indiquant ce qu'on appelait, dans l'ancien droit, *rapt de séduction*, et pour lequel il n'existait que des peines corporelles transformées par le concile de Trente en une obligation d'épouser la victime de l'attentat : *qui sine vi virginem aut viduam honeste viventem stupraverit, si honestus sit, publicationem partis bonorum patitur.* Instit., liv. IV, tit. XVIII, *De Publ. jud.*, § 422. — *Decenter dotare eam arbitrio judicis ex usu damnatur. Conc. trid.*, sess. XXIV, cap. VI. — C'est encore le cas prévu par l'article 337 du Code pénal.

UN MANUSCRIT INÉDIT D'ANTOINE DE GOVÉA.

Antoine de Govéa, né à Béja (Portugal) en 1505, mourut à Turin en 1566. Mais sa vie presque entière s'écoula en France, et nous pouvons le considérer comme une de nos illustrations nationales[1], puisque tous ses ouvrages furent composés dans notre pays.

Par ses luttes contre Ramus en faveur d'Aristote, par ses annotations sur Cicéron, Virgile et Térence, et par ses commentaires sur plusieurs lois du Digeste, il mérite de fixer l'attention des historiens, de la philosophie, de la littérature et de la jurisprudence. — Dans un mémoire présenté naguère à l'Académie impériale des belles-lettres de Caen, et qui sera bientôt publié, nous avons raconté avec détails les péripéties de cette laborieuse existence ; notre but n'est pas de refaire ici cette étude.

Ses œuvres nombreuses, éparses çà et là, et plusieurs fois imprimées isolément, ont été réunies à Rotterdam en 1766, et publiées en un volume par J. Van-Vaassen. Mais une de ses productions capitales échappa à l'éditeur, et c'est elle que nous présentons aujourd'hui à nos lecteurs pour la première fois.

Pendant qu'il enseignait à Grenoble (1555 à 1562), Govéa prit comme texte de ses explications le sénatus-consulte Trébellien, et ses leçons attirèrent un tel concours d'auditeurs, que la municipalité dut prendre des mesures spéciales pour assurer leur logement dans la ville[2].

Cependant, lorsque le professeur réunit, en 1562, ses travaux juridiques, il écarta, sans que nous puissions en indiquer le motif, ces commentaires, auxquels, malgré cela, il faisait quelquefois allusion[3].

L'œuvre resta donc inédite : il est vrai que, si nous devions

[1] « Adoptione (sicut ipse, quo erat animi candore, palam profitebatur) Gallus. » — De Thou, *Histor. sui temporis*, l. 38, § 14, éd. Londres, 1733, t. II, p. 467.

[2] Délibération du 12 janvier 1560.

[3] « L. apud Julianum, § 1, ad Trebell., de quo plene scripsimus ad d. l. apud Julianum. » *Opera juris civilis*, éd. 1562, p. 84 et 127.

en croire Lipenius, elle aurait été imprimée à Lyon en 1599 [1]; mais c'est là une des inexactitudes ordinaires de cet auteur. Schott, dans ses Additions à Lipenius, rectifie tacitement l'assertion de celui-ci; et nous avons de nombreuses raisons pour croire que son témoignage est seul exact.

Toutefois, quelques copies manuscrites circulèrent parmi les jurisconsultes; le président Favre en eut une entre les mains; mais elles disparurent bientôt, et moins de cinquante ans après la mort de Govéa, la trace en était perdue. Gaspard Schifordegher écrivait, en effet, en 1610 : « Si tenear desiderio videndi commentaria Goveani ad s. c. Trebellianum, non erit ista cupiditas vituperanda, maxime cum ipse Goveanus fateatur se ad titulum illum Digestorum scripsisse, ejusque commentarios viderit Faber noster apud præceptorem suum Manutium, magnum Goveani discipulum, necdum illos intercidisse constet. Proferant igitur hæc Goveani commentaria in lucem, nec soli tanto thesauro, ut dracones, insideant quicumque ea sunt adepti. Quod vel unus Goveani nepos præstare potest. — Te, Manfredi Goveani filium, appello, qui, cum summa eruditione, in lectionibus tuis Taurinensibus, toties avum tuum laudas, ne nobis diutius tantam jurisprudentiæ usuram subtrahas, et vel tuo exemplo doceas quantus vir avus tuus in jurisprudentia fuerit [2]. »

Cet appel si pressant ne fut pas entendu, et l'on pouvait considérer la perte de nos commentaires comme définitive. — La prévoyance d'un des auditeurs de Govéa nous les a conservés en partie.

Pierre de Mornyeu, qui avait pour son maître une affection toute filiale, recueillait avec un soin religieux les moindres opuscules de celui-ci. A peine le volume qui renfermait les *Opera juris civilis* fut-il publié, qu'il en acheta un exemplaire. Quelques feuilles de papier blanc se trouvant au commencement et à la fin du volume, le jeune étudiant y transcrivit de sa main le commentaire des vingt-deux premières lois du titre *Ad senatus consultum Trebellianum* [3]. La reliure du livre, en solide vélin,

[1] *Bibliotheca realis juridica.* Lipsiæ, 1757, v° GOVEANUS.

[2] *Ad Antonium Fabrum.* Oppenheim, 1610, t. II, p. 39.

[3] « Quæ manu hic scripsi et in fine libri, cum quibusdam opusculis quæ habeo, non sunt typis excussa. » *Note manuscrite de Pierre de Mornyeu.*

protégea le manuscrit contre les atteintes du temps, et, en 1733, il faisait déjà partie de la bibliothèque de Mgr de Caulet, évêque de Grenoble. — A la mort de celui-ci, les habitants de la ville, en 1772, se rendirent acquéreurs de cette collection précieuse qui, depuis longtemps, leur était ouverte, et dont ils ne pouvaient plus se séparer. Le volume passa ensuite de leurs mains dans celles de l'administration municipale, et il fait aujourd'hui partie de la bibliothèque publique de Grenoble.

Ce manuscrit, formé de vingt-cinq pages in-folio d'écriture très-compacte [1], fut signalé, en 1820, par M. Berriat-Saint-Prix, alors professeur à la Faculté de droit de Paris [2]. — Mais les romanistes étaient justement préoccupés de la découverte récente des palimpsestes de Vérone, et l'œuvre de Govéa fut oubliée. — Plus récemment, en 1857, M. Félix Berriat-Saint-Prix a appelé l'attention sur elle : « Nous la signalons, disait-il, aux libraires d'outre-Rhin. Les éditeurs français hésiteraient à la mettre en lumière dans un temps où l'on n'étudie plus du droit romain que ce qui est indispensable pour obtenir le diplôme de licencié [3]. »

Nous avons cru qu'il appartenait à l'un de ceux qui, dans la mesure de leurs forces, continuent l'œuvre si brillamment accomplie par Govéa au seizième siècle, de relever ce défi, et de faire sortir de l'oubli cette production du plus illustre de nos prédécesseurs. — Tels que nous les présentons à nos lecteurs, incomplets et même dépouillés d'une préface à laquelle l'auteur renvoie plusieurs fois, ces commentaires sont encore une œuvre considérable, et nous soumettons avec confiance le résultat de notre travail à ceux qui, de nos jours, trouvent encore quelques charmes à l'étude du droit romain.

Nous nous sommes attaché à reproduire fidèlement le manuscrit de Pierre de Mornyeu, parce que nous ne voulions point substituer notre pensée à celle de Govéa ; et, si parfois une modification nous a paru indispensable pour l'intelligence du texte original, nous l'avons soigneusement indiquée. — Nous avons, autant que possible, rectifié ou complété, non sans beaucoup de

[1] Dix-neuf pages au commencement, six à la fin du volume.

[2] *Histoire de l'ancienne université de Grenoble.* Paris, 1820, p. 21.

[3] *Nouvelle biographie générale.* Hœfer, t. XXI, p. 475, v° GOVÉA.

difficultés, les citations souvent inexactes et toujours insuffisantes des lois romaines invoquées en si grand nombre par l'auteur.

Malgré la faveur qui, chaque jour, par une heureuse réaction, semble s'attacher de plus en plus à la législation de Rome, nous n'espérons point provoquer chez nos lecteurs un enthousiasme pareil à celui qu'annonçait Schifordegher. Nous croyons cependant que le fragment par nous édité est, par la vigueur du raisonnement, la méthode, la clarté, l'élégance du style, digne du jurisconsulte qu'admiraient Favre[1] et Cujas : « Antonius Goveanus, écrivait Cujas dès 1554, cui ex omnibus, quotquot sunt aut fuere, Justinianei juris interpretibus, si quæramus quis unus excellat, palma deferenda est[2]. »

E. Caillemer,
Professeur à la Faculté de droit de Grenoble.

ANTONII GOVEANI ICTI

AD PANDECTARUM TITULUM

AD SENATUS CONSULTUM TREBELLIANUM

COMMENTARII

ULPIANUS.

Lib. III. Fideicommissorum[3].

Pr. Explicito tractatu, qui ad fideicommissa singularum rerum pertinet, transeamus nunc ad interpretationem senatus consulti Trebelliani.

[1] Præfat. lib. VII *Conjecturarum*.

[2] Ad titulum VI *Regularum Ulpiani*. Cf. de Thou, *Historiarum sui temporis* lib. XXXVIII, § 14, éd. Londres, 1733, t. II, p. 467.

[3] Pandectarum lectionem secutus sum, quam Lipsiæ, anno 1858 p. n. C. ediderunt Albertus et Mauritius fratres Kriegelii. E. C.

§ 1. Factum est enim senatus consultum temporibus Neronis, VIII kal. septembres, Annæo Seneca et Trebellio Maximo consulibus[1].

§ 2. Cujus verba hæc sunt : *Cum esset æquissimum in omnibus fideicommissariis hereditatibus, si qua de his bonis judicia penderent, ex his eos subire, in quos jus fructusque transferetur, potius quam cuique periculosam esse fidem suam : placet et actiones, quæ in heredes heredibusque dari solent, eas neque in eos, neque his dari, qui fidei suæ commissum, sicuti rogati essent, restituissent; sed his, et in eos, quibus ex testamento fideicommissum restitutum fuisset : quo magis in reliquum confirmentur supremæ defunctorum voluntates.*

GOVEANUS.

Senatus ait : *Cum esset æquissimum...* — Tribus de causis æquissimum senatui visum est in fideicommissarium universalem actiones, restituta hereditate, transire : 1° Ne alius bonis securus frueretur ; heres autem litibus quæ de his penderent vexaretur ; — 2° ne heredi qui ita restituisset hereditatem, uti jussus esset, damnosa sua fides esset ; — 3° postremo, ne litium metu, ab adeundis alienis hereditatibus homines deterrerentur, destituerenturque supremæ morientium voluntates. — Ultimam sane causam ni senatus adjecisset, videri potuit non satis justis de causis fideicommissarium actionum et judiciorum fructibus ab herede depulsis objecisse. Neque enim succurri oportuit ei qui alienam hereditatem sponte adiisset. (L. *Si filius*, 12. D. *De vulg. et pup. subst.* 28. 6.)

Senatus ait : *In omnibus fideicommissariis hereditatibus...* — Ipsorum testamentorum totis, eorum ve partibus heredis fidei commissis. (L. *Ita tamen.* 27. § *Trebellianum* 8. D. *eo titulo,* 37. 1.)

Ait senatus : *Si qua de his bonis judicia penderent...* — Bona hoc loco accipienda sunt ut in bonorum possessionibus.

Senatus ait : *Ex his eos subire...* — Duo illa verba : *Ex his*, videntur interpretamenta superiorum verborum : *de his.*

Ait senatus : *In quos jus fructusque transferetur...* — Facta restitutione, omnes res in ejus esse bonis incipiunt, qui heredi-

[1] Ann. 815 U. C., 62 post nativ. Christi. — Annæus Seneca et Trebellius Maximus suffecti consules tantum erant ; eorum nomina non reperiuntur enim in consularibus Fastis. E. C.

tatem recepit. (L. *Facta*, 63. Pr. D. *in eo.*) Justum enim earum dominium non consequitur. (L. *Qui usumfructum*, 3. D. *Si usus-fructus petatur*, 7. 6.)

Senatus ait : *Potius quam cuique periculosam esse fidem suam...* — In restituendo, ita ut rogatus est.

Ait senatus : *Placuit actiones...* — Senatus quidem de actionibus civilibus loquitur; verumtamen et prætoriæ transeunt, et causæ naturalium obligationum. (L. *Quamvis*, 40. Pr. D. *in eo.*)

Senatus ait : *Quæ in heredes, heredibusque dari solent...* — In solidum; propter quam causam necessariæ erant stipulationes *partis et pro parte*. Verbum autem *solent* ad jus refertur. (L. *Post aditam*, 5. C. *De impub. et aliis subst.* 6. 26.)

Ait senatus : *Eas neque in eos, neque eis...* — Atque ideo proprie ex Trebelliano transferri actiones dicuntur, quia senatus consulto earum onus ab herede in fideicommissarium rejicitur. Ita populi potestatem in principem translatam dici scripsimus[1].

Senatus ait : *Sicuti rogati essent...* — Quod quia non facit qui ex Pegasiano restituit, æquum senatui visum non est actionum et judiciorum molestia eum liberari, quemadmodum in Præfatione diximus.

Ait senatus : *Sed his et in eos...* — Pro parte dumtaxat restituta, utiles tantum, non directas, uti diximus in Præfatione, quarum tamen eadem est vis, eadem formula quæ et directarum, (L. *Actio*, 47. § *Nec refert*, 1. D. *De neg. gest.* 3. 5.) — Quare utiles appellentur, alio loco scripsimus[2]. — Quærere hoc loco libet quare legatarium partiarium senatus non facit successorem. Et puto quia certum jus erat legatorum lege XII Tabularum constitutum.

Ait senatus : *Restituissent...* — Ante restitutionem, adjuvandus heres non est exceptione. (L. *Ita tamen*, 27. § *Qui ex Trebelliano*, 7. D. *in eo.*)

Ait senatus : *Ex testamento...* — Sententia tamen senatus consulti et ad legitimos, et ad alios successores pertinet. (L. *Explicito*. 1. § *Hoc autem*, 5. D. *in eo.* — L. *Quamvis*, 40. § *Persona*, 1. D. *in eo.*)

Senatus ait : *Quo magis in reliquum confirmentur supremæ de-*

[1] Var. lect., lib. II, cap. xxx.
[2] *De vulg. et pup. subst.*, n. 11.

functorum voluntates... — Quo in posterum minus homines deterreantur ab alienis hereditatibus adeundis et destituantur testamenta. Quorum quantus in jure favor sit ex lege, *Si pars* 10. D. *De inof. test.* 5. 2, intelligi potest.

ULPIANUS.

I. § 3. Sublata est hoc senatus consulto dubitatio eorum, qui adire hereditatem recusare seu metu litium, seu prætextu metus censuerunt.

GOVEANUS.

Nam heredis indemnitati per stipulationem pro parte satis consulebatur. — Quæro num cautionem illam fideicommissarius exponere cogeretur. Quod magis dicendum videtur ; alioquin a fideicommisso excludi potuisse. Partem nempe onerum cognoscere eum oportuisse, cui universitatis pars restitueretur, cum universitatem onera sequantur.

ULPIANUS.

I. § 4. Quamquam autem senatus subventum voluit heredibus, subvenit tamen et fideicommissario : nam, in eo, quod heredes, si conveniantur, exceptione uti possunt, heredibus subventum est ; in eo vero, quod, si agant heredes, repelluntur per exceptionem, quodque agendi facultas fideicommissariis competit, procul dubio, consultum est fideicommissariis.

GOVEANUS.

Ait Ulpianus : *Exceptione uti possunt*... — Restitutæ hereditatis. (L. *Ita tamen*, 27. § *Qui ex Trebelliano*, 7. D. *in eo.*)

Ait Ulpianus : *Quodque agendi facultas*... — Quæ cum ante senatus consultum non competeret, necessaria erat fideicommissario partis stipulatio.

ULPIANUS.

I. § 5. Hoc autem senatus consultum locum habet, sive ex testamento quis heres esset, sive ab intestato ; rogatusque sit restituere hereditatem.

GOVEANUS.

Sententia senatus consulti, uti paulo ante diximus[1], ad suc-

[1] Ad leg. 1, § 2.

cessores quoque ab intestato pertinet. Quos rogari posse constat de restituenda hereditate, sive nominatim, sive generaliter, hoc modo : quisquis mihi heres erit. (L. *Eam, quam.* 14. C. *De fideicom.* 6. 42. — L. *Titia,* 13. D. *De inof. testam.* 5. 2.)

Quin etiam, qui filio meo impuberi ab intestato successurus est, rogari a me potest ut hereditatem restituat. (L. [*Si fundum,* 92. § *Sicuti,* 2.[1]] D. *De legatis,* I°. 30.) —Verum id fideicommissum pubertate finiretur. (L. *Quod fideicommissum,* 93. D. *De legatis.* I°. 30.)

Dubitet non immerito quis, quemadmodum legitimus successor fideicommisso oneretur ad quem bona mea lege, non judicio meo, perveniant. — Et magis est ut cui non adimo dare videar. Itaque, quasi a me acceperit, ab eo fideicommissum relinquitur. Legatum non item, quod nisi in testamento non datur.

ULPIANUS.

I. § 6. In filii quoque familias militis judicio, qui de castrensi peculio, vel quasi castrensi testari potest, senatus consultum locum habet.

GOVEANUS.

Dubitationis ratio quia senatus consultum ad hereditates pertinet; filii autem familias peculium dicitur, non hereditas. Verum hereditas fit, si filius familias testetur, et ex testamento ei aliquis heres existat. De quo scripsimus ad legem *Filius familias,* 18. D. *Ad legem Falcidiam.* (35. 2.)

Quin etiam, si, ab intestato moriturus, patrem roget ut dodrantem sui peculii restituat, aut post mortem restituat, et medio tempore ex fructibus quartam et ejus fructus pater collegerit, Trebelliano est locus ; fitque ex peculio post restitutionem hereditas. (L. *Filius familias,* 18. D. *Ad legem Falcidiam,* 35. 2.)

Idem dicendum de peculio quasi castrensi, de quo consulibus, præfectis legionum, hoc est legatis et præsidibus provinciarum, filiis familias testari permittebatur. (L. *ultim.* 37. C. *De inofficioso testamento,* 3. 28.)

Ex iis apparet dictionem « militis » a scriba imperito factam ex postremis syllabis genitivi « filii fa*milias.* » Nam, de castrensi peculio etiam veteranos testari potuisse constat ; et qui de peculio quasi castrensi testabantur non erant milites.

[1] Ms. « si Titio permisero. »

Ait jurisconsultus : *Testari potest...* — Jure communi (D. L. *ult.* 37. C. *De inofficioso testamento*, 3. 28) ; qui, si testari non potuisset, nec per fideicommissum relinquere pecuniam potuisset. Iis enim solis fideicommittere licet, quibus testari licet.

ULPIANUS.

I. § 7. Bonorum quoque possessores, vel alii successores, ex Trebelliano restituere poterunt hereditatem.

§ 8. De illo quæritur, an is, cui ex causa fideicommissi restituta est hereditas ex Trebelliano senatus consulto, ipse quoque restituendo ex eodem senatus consulto transferat actiones ? Et Julianus scribit, etiam ipsum transferre actiones : quod et Mæcianus probat, et nobis placet.

GOVEANUS.

Quærendi et dubitandi ratio una est, quod, existente alio herede, fideicommissarius prior utiles actiones dumtaxat habeat, neque videatur eas posse transferre. Altera, quod fideicommissario quarta hereditatis non relinquitur. — Verum et utiles actiones transferri placuit : neque actiones modo utiles, verum et prætorias. (L. *Si heres*, 70. § *Si heres*, 1. D. *h. tit.*) — Ad hoc autem, ut ex Trebelliano facta restitutio videatur, satis est Falcidiæ locum non esse. Ita enim pater filio restituit hereditatem per filium quæsitam ; ita quoque militis ex Trebelliano restituitur hereditas. Fideicommissarium Falcidiæ non uti beneficio scribit jurisconsultus in lege *Lex Falcidia*, 47. § *Nunquam*, 1. D. *Ad legem Falcidiam*, 35. 2.

Quid ergo si prior fideicommissarius nolit sibi restitui hereditatem ? Et [huic][1] secundo fideicommissario recte hereditas restituetur.

Si heres suspectam dicat hereditatem, a priorene an a secundo fideicommissario [cogi poterit][2] dicemus ad legem *Si patroni*, 55. § *Qui fideicommissarium*, 2. D. *in eo titulo*[3].

ULPIANUS.

I. § 9. Sed et quoties quis rogatus duobus restituere heredi-

[1] Ms. « hoc. »

[2] Quæcumque quadratis uncis sunt inclusa addenda vel corrigenda putavi. E. C.

[3] Desideratur hæc pars commentarii. E. C.

tatem, alteri pure vel in diem, alteri sub condititione, suspectam dicit : ei, cui erat rogatus pure vel in diem restituere, interim universam hereditatem restitui senatus censuit : cum autem extiterit conditio, si velit alius fideicommissarius partem suam suscipere, transire ad eum ipso jure actiones.

GOVEANUS.

Qui suspectam hereditatem dicit adire cogitur et restituere. Quod si duobus rogatus sit heres restituere, pure alteri vel in diem, alteri sub conditione, totam interea restituet ei cui pure vel in diem relictum est fideicommissum, petere adhuc non valente eo qui sub conditione fideicommissum accepit.

Qui si, [existente][1] conditione, partem suam suscipere velit, petit ab eo qui totam hereditatem recepit (L. *Cogi*, 16. § *Mœcianus*, 8. D. *in eo*), et, ipsô jure, id est, sine nova restitutione, heredis actiones transibunt, quamvis fideicommissum de heredis manibus non capiatur. Alteri enim restituta hereditas utrique restituta intelligi potest.

Quam ob rem expectanda hoc casu alteri conditio sit, dicemus ad legem : *Sed cum ab herede*, 12. D. *in eo*.

Cur non expectetur [dies, ab eo, cui heres rogatus est restituere in diem]? Quia certum sit venturum. — An et [is] fructus suæ partis capiat dicemus ad legem : *Ex asse*, 28. D. *In eo*.

Rogato herede duobus pure restituere, quid juris sit, dicemus ad legem *Cogi* 16, § *Idem Mœcianus*, 9. D. *in eo*.

Aliis quoque casibus ipso jure fieri restitutionem placuit imperatori [Justiniano] (in leg. *ultima*, 8. C. *Ad senatus consultum Trebellianum*, 6. 49.), ut, si heres rogatus restituere latitet; si sine herede decedat, hereditate non restituta; si prior fideicommissarius secundo non restituat fideicommissum.

ULPIANUS.

I. § 10. Si filio vel servo herede instituto, rogatoque restituere hereditatem, dominus vel pater restituat : ex Trebelliano transferuntur actiones; quod est etiam si suo nomine rogati sunt restituere.

I. § 11. Idem est, et si ipsi filio pater rogatus sit restituere hereditatem.

[1] Ms. « exigente. »

GOVEANUS.

Filio familias vel servo herede instituto, et rogato hereditatem restituere, pater vel dominus recte restituet; heres scilicet factus per filii vel servi aditionem, ut, filiis vel servis rogatis, [ipse rogatus videatur] [1], quoniam ipsi in potestate sunt. Neque enim qui aliis acquirunt, restituere ipsi possunt.

Quin etiam rogari suo nomine pater vel dominus possunt, uti hereditatem per filium vel servum quæsitam restituant. Recte enim eorum fidei committitur ad quos res pervenit; de quo scripsimus ad legem : *Nesennius*, 22. § *Servo*, 1. D. *Ad legem Falcidiam*, 35. 2, et ad. leg. *Cum filio familias*, 11. D. *De legatis*, 1° 30).

Neque solum rogari possunt ut extraneis restituant, verum ut ipsis restituant per quos adquisierunt. Quo casu, non quasi heredes, sed quasi pater et dominus rogati intelliguntur. Falcidia locum non habet (D. l. *Cum filio familas*, 11. D. *De leg.* 1° 30); et, per consequens, Trebellianum induci poterit, maxime si, pendente conditione, in quam necesse est fideicommissum hoc a patre filio relictum conferatur, ex fructibus medii temporis, quarta et quartæ fructus colliguntur. Ita enim dodrantem solum in fideicommisso videri tacitum esse. (L. *Filius familias*, 18. D. *Ad leg. Falcid.* 35. 2.) Etenim inutiliter patrem pure rogas ut filio restituat. Post mortem suam utiliter rogas aut ita : cum capere potuerit [filius], cum sui juris erit, de quo plene scripsimus ad dictam legem : *Cum filio familias*.

ULPIANUS.

I. § 12. Sed et si tutor vel curator adolescentis, vel furiosi, rogatus sit restituere hereditatem, sine dubio Trebelliano locus erit.

GOVEANUS.

Pupillorum tutores, et adolescentium curatores rogari possunt ut hereditates pupillis adolescentibusve relictas restituant, fietque restitutio ex Trebelliano. — Restituunt enim ex persona eorum, quos in tutela vel curatione habent. Nam ex ipsorum personis, qui neque heredes sunt instituti, neque per institutos acquirunt, valere fideicommissum non potest. (L. *Peto*, 69. § *Mater*, 2. D. *De legatis*, 2°. 31.) — Quæ restitutio sine pupillo fit.

[1] Ms. « ipsi rogati videantur. »

Ipsi si rogentur adolescentes, per se restituunt. Solvere namque sine curatore possunt.

Pupillus sine tutoris auctoritate non recte restituit; nam neque solvendo sine tutore, accipientis nummos facit. (L. *Non omnis*, 19. § *Si pupillus*, 1. D. *De rebus creditis*. 12. 1.)

ULPIANUS.

I. § 13. Fuit quæsitum, si ipsi tutori rogatus sit restituere pupillus : An ipso auctore restitutionem facere possit? Et est decretum a Divo Severo, non posse tutori se auctore restituere hereditatem : Quia in rem suam auctor esse non potest.

GOVEANUS.

Si pupillus tutori rogetur restituere, in rem suam tutor [auctor] esse non potest. (L. *Quamquam*, 1. Pr. et L. *Quod dicimus*, 7. Pr. D. *De auctoritate tutorum*, 26. 8.)

Cum autem pupillo necessaria auctoritas sit ad restitutionem, uti supra scripsimus, dabitur pupillo in eam rem curator, cujus officium [restituta][1] hereditate expirabit. Necessarius olim tutor fuisset, qui prætorius appellabatur, si restitutio hereditatis juris solemnitatem desideraret, uti legis actiones desiderant. (L. *Curatorem*, 19. D. *De auctoritate tutorum*, 26. 8. L. *Cum in una*, 17. § *Tutor*, 1. D. *De appellationibus*, 49. 1.) — Verum hodie, ad omnes res curator pupillo datur. (§ *Si inter tutorem*, 3. Inst. *De auctoritate tutorum*, 1. 21.)

ULPIANUS.

I. § 14. Curatori tamen adolescentis ab adolescente poterit restitui hereditas : Quoniam [adolescentibus] necessaria non est auctoritas ad restitutionem.

I. § 15. Si autem collegium, vel corpus sit, quod rogatum est restituere : decreto eorum, qui sunt in collegio vel corpore, in singulis, inspecta eorum persona, restitutionem valere : nec enim ipse sibi videtur quis horum restituere.

GOVEANUS.

Male hic paragraphus a superiore sejungitur, unde verbum « Et est decretum a Divo Severo » repeti oportet. Quamvis

[1] Ms. « aditâ. »

tutor in rem suam auctor esse non possit (sibi enim restituere videretur), collegium tamen uni de collegio recte restituit, non quasi collegæ, sed quasi Titio. Neque ideo Titius sibi ipsi videbitur hereditatem restituere. Eadem ratione, placuit decuriones unum ex ordine tutorem dare posse. (L. *Ubi absunt*. 19, D. *De tut. et curat. datis*, 26. 5.)

Collegium a singulis qui de collegio sunt distingui ex eo quoque intelligi potest, quod universatis libertus, non impetrata edicti venia, singulos de universitate in jus vocare potest. (L. *Sed si hac lege*, 10. § *Qui manumittitur*, 4. D. *De in jus vocando*, 2. 4.)

Porro locus hic satis probat collegium institui posse. Item probat L. *Recusare*, 6. § *Item si municipes*. D. *in eo*. — De quo plene scripsimus ad legem *Quidam*, 30. D. *De vulgari et pupillari subst.* (28. 6.)

Id quod [dicitur], de licito collegio accipi oportet; hoc est de collegio speciali, aliquo privilegio subnixo. (L. *Collegium*, 8. C. *De hered. inst.* 6. 24.) — Cœtera namque collegia illicita sunt. (L. 3. § 1. D. *De collegiis et corporibus*, 47. 22.)

ULPIANUS.

I. § 16. Si hæres præcepto fundo rogatus sit hereditatem restituere : ex Trebelliano senatus consulto restituet hereditatem : nec multum facit, si fundus pignori datus est : neque enim æris alieni personalis actio fundum sequitur, sed eum cui hereditas ex Trebelliano senatus consulto restituta est. Sed cavendum est heredi a fideicommissario, ut, si forte fundus fuerit evictus a creditore, habeat heres cautum. Julianus autem cavendum non putat, sed œstimandum quanti valet sine hac cautione, hoc est, quanti vendere potest sine cautione ; et si potest tanti vendere, non interposita cautione, quantum facit quarta pars bonorum, ex Trebelliano transituras actiones ; si minoris, retento eo, quod deest, similiter ex Trebelliano restitutionem fieri ; quæ sententia multas quæstiones dirimit.

COVEANUS.

Si heres hereditatem restituere rogetur, retenta quantitate, vel re in qua non minus quarta sit; quia ea res commodum

heredi Falcidiæ præstat, inducitur Trebellianum. (L. *Acceptis*, 93. D. *Ad leg. Falcid.* 35. 2.)

Quin, et si post tempus restituere rogetur, et fructus medii temporis et quartæ fructus [suos] efficiat, Trebelliano quoque locus erit. (L. *Filius familias*, 18. § *His consequens*, 1. D. *Ad leg. Falcid.* 35. 2.)

Quod si propter evictionis periculum (pone fundum a testatore pignori datum) non tanti res vendi possit, quanti re vera est (vendi namque cautius est ad dirimendas quæstiones plurimas, quæ nascerentur, si cautionibus res expedirentur), eo casu, retento eo quod deest, similiter actiones ex Trebelliano transferentur. Nam testator locum Falcidiæ non fecerat ; neque enim propterea minoris fundus est, quia pignori datus sit. Nam æris alieni personalis actio fundum non sequitur; uti enim scribit Imperator in § *Si quis*, 9, Inst. *De fideic. heredit.* 2. 23 : Quasi jure legati retineri intelligitur. Ideo simpliciter non dixit Imperator : Ex causa legati retineri ; quia constat inter legata et retentiones plurimum interesse, uti scripsimus ad legem *In quartam*, 91. D. *Ad legem Falcidiam*, 35. 2 ; et scribemus ad legem : *Ita tamen*, 27. § *Si præceptis*, 14, *in eo.*

ULPIANUS.

I. § 17. Si is, qui quadringenta in bonis habeat, trecenta legaverit, et deductis ducentis rogaverit heredem Seio restituere hereditatem : an trecentorum onus fideicommissarius subeat, an vero hactenus, quatenus ad eum ex hereditate pervenit ? Julianus ait, competere quidem adversus eum trecentorum petitionem : non autem amplius quam in ducentis actionem adversus fideicommissarium daturum, in heredem autem centum. Et mihi videtur vera esse Juliani sententia ; ne damnum fideicommissarius sentiat ultra, quam ad eum ex hereditate quid pervenit : neminem enim oportere plus legati nomine præstare quam ad eum ex hereditate pervenit, quamvis Falcidia cesset, ut rescripto Divi Pii continetur.

GOVEANUS.

Si quantitas quæ retinetur quartam hereditatis excedat, neque legatis fideicommissum sufficiat, manus porrigitur ad id

quod heres supra quartam retinet. Neque enim in eo favorabilior legatariis est.

Quod si ducenta legata essent, et ducenta ad fideicommissarium pervenissent, quamvis ducenta heres retineret, nullam tamen legatorum partem solveret. Neque enim quantitatem retentam, quantacumque sit, ullum sequitur onus.

Plane, ultra vires fideicommissi non convenitur a legatariis fideicommissarius. Pone enim trecenta legata, ad fideicommissarium ducenta pervenisse, hactenus dumtaxat dabitur in eum actio. Quamvis enim Falcidiam non inducat fideicommissarius (L. *Lex Falcidia*, 47. § *Nunquam*, 1. D. *Ad leg. Falcid.* 35. 2), non ideo in plus legatariis tenebitur, quam ad eum pervenit. Nam neque in militis testamento Falcidiæ locum esse ; ex eo tamen ultra patrimonii vires legata non præstari. (L. *Si cui plus*, 1. § *In quibusdam*, 12. D. *Si cui plus quam per leg. Falcid.* 35. 3.)

Neque ad rem attinet, quod diminuto patrimonio a pupillo substitutus legata præstat ultra quam ad eum ex substitutione pervenit. Nam, in ea juris parte, legata secundarum tabularum in primis relicta censentur. (L. *In ratione*, 11. § *Quod vulgo*, 5. D. *Ad leg. Falcid.* 35. 2.)

Minus ad rem attinet quod legata intra modum legis relicta, solida præstare cogatur heres, imminuta post mortem testatoris ad eum modum hereditate, ut quo tempore heres adit legatis non sufficiat. (L. *In quantitate* 73. Pr. D. *Ad leg. Falcid.* 35. 2.) — Nam testator intra modum legis legavit ; neque ad legatarios damna pertinent, ut neque commoda quæ mortuo testatore contigerunt.

Alia æris alieni ratio est, quod, cum ipse debuerit testator, a fideicommissario, qui heredis loco constituitur, solidum exigetur, quantulumcumque sit fideicommissum. — Quod ita accipiendum est, si, retenta re quantitateve, jussa sit hereditas restitui. Nam, si dodrans tantum hereditatis in fideicommisso sit, pro parte æris alieni onus heres feret.

Neque ea res jus Falcidiæ imminuit, in qua ponenda æs alienum de hereditate deducere constat. Pone in hereditate esse centum, in ære alieno viginti, et jussum heredem dodrantem restituere hereditatis ; heredi lex Falcidia viginti dat, quartam scilicet eorum bonorum quæ supersunt, dimissis creditoribus.

Legatorum vero onus nullo modo heres hoc casu subibit, ne ejus quadrans imminuatur. Neque enim per legata diminui debet Falcidia, quæ ipsa minuit.

Quo fit, ut si ducenta de quadringentis legata sint, et semis dumtaxat hereditatis in fideicommisso sit, centum heres, centum fideicommissarius legatariis præstet : hac ratione suum quadrantem habet heres. Quæ sententia est § *Sed si quadraginta* (*h. lege*, § 20, *in eo*).

Pone trecenta legata et deductis centum jussam hereditatem restitui. In solum fideicommissarium dabuntur actiones legatariis, ne quadrantem heredis attingamus : cum præsertim actiones non dividantur hoc casu. Quæ sententia est § *ultimi* hujus legis (21). — Neque vero Trebelliano aliter locus esset.

Quin et cum Pegasianum inducitur, etsi actiones non transferantur, legatariis tamen nihil heres præstat ; ex quo intelligimus stipulationem *pro parte* ad æris dumtaxat alieni [onus] pertinuisse, non etiam legatorum, a quorum præstatione immunis erat quadrans qui ex Pegasiano retinebatur.

ULPIANUS.

I. § 18. Denique nec ex militis testamento plus legatorum nomine præstatur, quam quantitas est hereditatis, ære alieno deducto ; nec tamen quartam retinere fideicommissario permittitur.

I. § 19. Inde Neratius scribit : Si heres rogatus restituere totam hereditatem, non deducta Falcidia, rogato et ipsi ut alii restituat ; non utique debere eum detrahere fideicommissario secundo quartam, nisi liberalitatem tantum ad priorem fideicommissarium heres voluit pertinere.

GOVEANUS.

Omnes qui ex testamento militis capiunt, sine ulla deminutione capiunt. De quo scripsimus ad legem *Centurio*. 15. D. *De vulgari*, 28. 6. — Itaque, neque heres fideicommissario, neque is quartam retinebit.

Plus tamen quam patrimonii quantitas est ære alieno deducto, neque heres, neque fideicommissarius præstat. (L. 1. § *In quibusdam*, 12. D. *Si cui plus quam per legem Falcidiam*, 35. 3.)

Cui sententiæ consequens est quod Neratius scribit. Non ideo priorem fideicommissarium secundo quartam detrahere, quia heres solidam restituerit hereditatem, plenumque testatori obsequium præstiterit; nisi cum id in prioris gratiam fecerit et ad eum suam liberalitatem, non etiam ad secundum, voluerit pertinere. Ita enim priori donasse videbitur. — Nam jure Falcidiæ fideicommissarius non utitur. (L. *Lex Falcidia*. 47, § *Nunquam*, 1. D. *Ad legem Falcidiam*, 35. 2.)

Quid si heres suspectam hereditatem dixerit? — Et eo casu fideicommissarius quartam legatariis detrahit, quam heres amisit. (L. *Marcellus*, 3. Pr. D. *in eo*.)

Sed an et secundo fideicommissario? — Et puto secundo fideicommissario non detracturum. (L. *Si patroni*, 55. § *Qui fideicommissam*, 2. D. *in eo*.)

Quare, ubi hoc loco legitur « *non utique*, » legendum puto « *neutique*, » cum uno dumtaxat casu prior fideicommissarius secundo quartam detrahat.

Illud non immerito dubitaverit quis, num militis hereditas ex Trebelliano restituatur.

Et quid, si miles dodrantem hereditatis restitui jusserit; vel hereditatem, retenta certa re, vel quantitate in qua non minus insit quarta? Sine dubio, Trebelliano locus est.

Quin et si totam hereditatem restitui jusserit, ex Trebelliano fiet restitutio. Verum namque est Falcidiæ locum non esse. Ubi autem Falcidiæ locus [non] est, ibi Trebellianum inducimus, uti diximus in præfatione. Ita pater filio hereditatem per filium quæsitam restituit. Ita fideicommissarius prior secundo ex Trebelliano restituit [1].

Hoc amplius, si res Italicas, vel provinciales miles restituere rogaverit, locus Trebelliano erit. (L. *Cogi*, 16. § *Sed et si*, 6. D. *in eo*.)

ULPIANUS.

I. § 20. Sed si quadringinta habens ducenta legaverit Titio, et partem dimidiam hereditatis Sempronio restituere rogaverit, ex Trebelliano restitutionem faciendam Julianus ait, et legatorum petitionem scindi, sic ut centum quidem petantur ab herede, centum vero alia legatarius a fideicommissario petat; quod id-

[1] Vide supra ad § 8 hujus legis. E. C.

circo dicit Julianus, quoniam secundum hanc rationem integram quartam habet, id est centum integra [1].

I. § 21. Idem Julianus scribit, si is, qui quadringenta in bonis habeat, trecenta legasset, et deductis centum rogasset heredem, ut hereditatem Sempronio restituat, debere dici, deductis centum restituta hereditate, legatorum actionem in fideicommissarium dari [2].

CELSUS.

Lib. XXI. Digestorum.

II. Qui quadringenta reliquit, Titio trecenta legavit, heredis fidei commisit, ut tibi hereditatem restitueret; isque suspectam jussu Prætoris adiit et restituit. Quærebatur quid legatario dare deberes. Dicendum est, quia præsumptum est voluisse testatorem, cum onere legatorum fideicommissum restitui, tota trecenta te dare Titio debere. Nam heres hoc rogatus intelligi debet, ut te suo loco constituat, et quod heres perfunctus omnibus hereditariis muneribus, id est post legatorum dationem, reliquum habiturus foret, si non esset rogatus ut tibi restitueret hereditatem, id tibi restituat. Quantum ergo haberet? Nempe centum; hæc ut tibi daret rogatus est. Itaque, sic ineunda est legis Falcidiæ ratio, quasi heres trecenta Titio dare damnatus tibi centum dare damnatus sit; quo evenit, ut, si hereditatem sua sponte adiisset, daret Titio ducenta viginti quinque, tibi septuagintaquinque. Non ergo plus Titio debetur quam si injussu Prætoris adita hereditas foret.

ULPIANUS.

Lib. III. Fideicommissorum.

III. Pr. Marcellus autem apud Julianum in hac specie ita scribit, si ad heredis onus esse testator legata dixerit, et heres sponte adiit hereditatem, ita debere computationem Falcidiæ iniri, ac si quadringinta per fideicommissum essent relicta, trecenta vero legata, ut in septem partes trecenta dividantur, et ferat quatuor partes fideicommissarius, tres partes legatarius. Quod si suspecta dicta sit hereditas, et non sponte heres adiit et

[1] Vide suprà ad § 17, commentarium hujus §. E. C.
[2] *Ibid.*

restituit, centum quidem de quadringentis, quæ habiturus esset heres, resident apud fideicommissarium; in reliquis autem trecentis eadem distributio fiet, ut ex his quatuor partes habeat fideicommissarius, reliquas tres legatarius; nam iniquissimum est, plus ferre legatarium ideo, quia suspecta dicta est hereditas, quam laturus esset, si sponte adita fuisset.

GOVEANUS.

Qui quadringenta in bonis habet, si trecenta leget, et hereditatem restitui jubeat, multum interest an simpliciter jubeat, an ita « *deductis legatis.* » — Aliter namque atque aliter legata præstabuntur.

Nam, simpliciter hereditatem rogatus restituere, cum onere legatorum restituit, cujus ipse nullam partem subit, etiam qui ex Pegasiano restituit. Uti enim supra scripsimus, quartam illibatam et intactam heres habere debet, quam de ipso fideicommisso, non etiam de legatis retinet. Neque enim cum legatariis illi res est, cum non ad ejus onus sint legata; quæ si essent, et de fideicommisso et de legatis quartam detraheret. (L. *Marcellus*, 3. § *Item Pomponius*, 2. D. *in eo.*) — Trecenta igitur legatariis fideicommissarius præstabit, cum Falcidiam non inducat.

Quo eodem modo præstari legata oportet, si suspectam hereditatem heres dixerit. — Et mihi hæc sententia legis hujus esse videtur usque ad locum illum : « *Nam heres hoc rogatus...* »

Quod si testator legata ad onus heredis esse voluerit, id quod tum demum voluisse intelligitur cum ita scripsit : « *Legatis deductis, hereditatem restituito,* » hoc casu, quia tam de fideicommisso quam de legatis heres quartam retinet, uti jam diximus, minus legatarii consequuntur quam si cum onere legatorum restituta esset hereditas.

Et Celsus quidem ita existimabat rationem iniri oportere, ut, de trecentis legatis, heres septuaginta [quinque] retineret; de centum vero quæ in fideicommisso erant, viginti quinque. — Eamdemque rationem sequendam si hereditas suspecta diceretur; neque enim plus ferre legatarios oportere, quam si sponte esset adita hereditas. Et fideicommissarium ducenta viginti quinque daturum, retenturum autem centum septuaginta quinque.

Movebat Celsum illa ratio, quod, legatis trecentis, rogato herede hereditatem restituere deductis legatis, id dumtaxat heres rogatus videretur restituere, quod, muneribus hereditariis herede perfuncto, hoc est, post legatorum præstationem, superesset; hoc est, centum restituere videretur rogatus.

Marcellus magis favorabilem in hac specie fideicommissario rationem induxit, illa, puto, ratione motus quod fideicommissum hoc : « *Legatis deductis, hereditatem restituito,* » non particulare sit, ut Celso videbatur, sed universale. (L. *Cogi,* 16. § *Inde quæritur,* 3. D. *in eo.*) — Itaque, cum hereditas sit quadrans, ac si per fideicommissum quadringenta relicta essent, et legata trecenta, ita rationem iniri oportere, ut, trecentis in septem partes divisis, quatuor fideicommissarius ferat, tres legatarii. Amplius enim fideicommissum videri parte una quam legatum.

Quare, et si suspecta hereditas diceretur, centum quæ heres amisit, quia suspectam hereditatem dixit, et quatuor præterea partes trecentorum fideicommissarium habiturum, ne plus ferant legatarii ex recusatione heredis, quam tulissent adita sponte hereditate.

Et hæc mihi videtur hujus loci et superioris sententia ab illis verbis : « *Nam heres hoc rogatus...* » quæ meo judicio plagam acceperunt insanabilem : unde constat jureconsultum quæstionem illam tractare orsum : quemadmodum ratio cum legatariis ponenda sit, si ad onus heredis legata testator reliquerit, hoc est, si legatis deductis hereditatem restitui jusserit.

Et sane in vetere Codice, quem mihi Jo. Believre, clarissimum Senatus Gratianopolitani lumen[1], dono dedit, scriptum reperi : « *Nam hæres qui rogatur...* » ut in suspicionem veniam ita locum restitui posse (nam sententia plane liquet) : « *Nam heres qui rogatur, deductis legatis, hereditatem restituere, hoc rogatus intelligi debet...* »

Nugas, ineptias, deliria nostrorum interpretum, neque referre, neque refellere operæ est.

ULPIANUS

III. § 1. Quod autem in suspecta hereditate dictum est, hoc

[1] Postea, ejusdem Senatus supremus Præses factus. E. C.

idem dici potest in his testamentis, in quibus lex Falcidia locum non habet, in militis dico, et si qui sunt alii.

GOVEANUS.

Quod in principio legis *Qui quadringenta* [2 *in eo*] in suspecta hereditate dictum est, hoc idem in militis testamento dicendum est.

Quemadmodum enim sine ulla deminutione legata præstantur, cum suspecta hereditas dicitur, neque quartam fideicommissarius retinet quam heres amiserat, ita ex militis testamento quartam retinere non permitittur fideicommissario quam heres non detrahit. (L. 1. § *Denique*, 18. D. *In eo*.)

Dicet aliquis : An iniquum [non] est plus ferre legatarios, propterea quod suspecta dicta est hereditas, quam si sponte adita fuisset?—Verum, id tum demum iniquum est, cum testator ad heredis onus esse voluit. Quo casu, si suspecta hereditas dicatur, æquum est ita legata a fideicommissario præstari, quemadmodum ipse heres præstitisset, si ipse hereditatem sponte adivisset.

In militis testamento, id perpetuum est, sive deductis legatis, sive simpliciter rogatus sit heres hereditatem restituere. Nunquam enim quartam retinere permittitur.

Ponamus igitur militem, qui quadringentos habebat, legasse quadringentos, et rogavisse uti hereditas restitueretur. Totos quadringentos fideicommissarius legatariis præstabit.

Ponamus ad onus heredis legata reliquisse, et eo casu ducenta; auferent legatarii [ducenta], ducenta fideicommissarius.

Ponamus, eo casu, suspectam militis hereditatem dictam. Eadem ratio Falcidiæ initur ut ducenta tantum retineat fideicommissarius.

Accursii, Bartoli, Jasonis ineptias ad hunc locum, ii refutent quibus de hominibus tam insulsis crescere propositum est.

Neque cuiquam mirum videri debet, si cum principio legis superioris paragraphum hunc connecto. Idem enim videmus, in lege *Si unus*, 27. D. *De pactis*, 2. 14, sententiam illam : « *Idemque in duobus reis stipulandi dicendum est*, » ad legis principium referri debere, non ad interpositas sententias, uti alio loco scripsimus[1].

[1] V. Demangeat, *Des obligations solidaires en droit romain*, 1858, p. 303 et seq. E. C.

ULPIANUS.

III. § 2. — Item Pomponius scribit : si deductis legatis restituere quis hereditatem rogatur, quæsitum est, utrum solida legata præstanda sint, et quartam ex solo fideicommisso detrahere possit, an vero et ex legatis et ex fideicommisso quartam detrahere possit. Et refert Aristonem respondisse, ex omnibus detrahendam, hoc est, ex legatis et ex fideicommisso.

GOVEANUS.

Cum testator legata ad heredis onus reliquit, tum quartam heres ex Pegasiano retinet, partim de legatis, partim de fideicommisso.

Cum vero cum onere legatorum restitui hereditatem voluit (semper enim præsumitur voluisse, nisi ita scripserit : « *Legatis deductis,* » vel ita : « *Hæres, legata præstato* »), de fideicommisso dumtaxat detrahit. Neque enim illi cum legatariis res est hoc casu, sed dumtaxat cum fideicommissario.

An vero restitui hereditas videatur, cum legata ab herede ducuntur, considerabimus ad L. *Cogi,* 16. [§ *Inde quæritur*, 3. D.] *In eo.*

ULPIANUS.

III. § 3. Res, quæ ab herede alienatæ sunt, in quartam imputantur heredi.

GOVEANUS.

Facta demum hereditatis restitutione, res in bonis ejus esse incipiunt, cui restituta est hereditas. (L. *Facta*, 63. Pr. D. *in eo.*)

Ante igitur restitutam hereditatem, alienare res hereditarias heres potest. Verum fideicommissario tenetur quasi minus restituerit, si ultra quartam alienaverit. (L. *Si heres,* 70. § *Si heres,* 1. D. *in eo.*)

Nam alienationes quæ intra quartam consistunt heredi in quartam imputantur, neque earum nomine ulla fideicommissi persecutio adversus heredem datur.

Plane adversus emptores nulla erat civilis neque prætoria actio in rem aut in personam. Verum Justinianus, in L. *ultima*, 3. § *Sed quia*, 2, et § *Sin autem*, 3. C. *Communia de legatis*, 6, 43, fideicommissario rei vindicationem dedit, rescissis hujus modi

alienationibus ; in puro quidem fideicommisso, statim ab initio ; in conditionali vero, post eventum conditionis.

Ipsis quidem emptoribus, si quidem rem, prudentes et scientes, restitutioni obnoxiam emerint, pretii dumtaxat quod numeratum, condictionem dedit, in § *ult.* 4 d. L. *ult.* 3. C. 6, 43.

Bonæ fidei autem emptoribus, suum jus integrum illibatumque reliquit, ut ex stipulatu ad duplum, et ex empto ad id quod interest eorum rem evictam non esse, agere adversus venditorem possint.

Quod autem res alienatas in quartam heredi imputari diximus, id accipiendum est in servis manumissis aut rebus hereditariis corruptis.

Idem in rebus quas usucapi flagitiose permiserit. Nam et usucapionem alienationis appellatione contineri constat.

Alia causa est alienationum necessariarum, hoc est, quæ vetustiorem causam habent et juris originem necessariam. Nam hæ heredi in quartam non imputantur.

Idem Accursius dicendum putat de alienationibus rerum quæ servari non possunt, ut in quartam non imputentur.

Ego earum rerum pretium in fideicommissum venire existimo, et heredi, si eas distraxerit, esse quod imputetur. (L. *Mulier*, 22. § *Sed enim*, 3. D. *in eo.*)

Illud prætermittendum non est, posse interdum heredem ultra quartam bonorum alienare. Pone enim legitimam portionem filiæ doti non sufficere, vel donationi filii propter nuptias, quam utramque ex familiæ dignitate fieri oportet. Novell. *Res quæ* [in L. 3. § 3. C.] *Communia de legatis*, 6, 43.

ULPIANUS.

III. § 4. Quidam, liberis suis ex disparibus partibus institutis, datis præceptionibus, ut ipse maximam partem patrimonii inter liberos ita divisisset, rogavit eum, qui sine liberis decederet, portionem suam fratribus restituere. Imperator noster rescripsit, præceptiones quoque fideicommisso contineri, quia non portionem hereditariam testator commemoravit, sed simpliciter portionem ; in portionem autem et præceptiones videri cecidisse.

GOVEANUS.

Nomine hereditatis, neque legata, neque fideicommissa con-

tinentur (L. *Si Titius*, 96. D. *De leg.* 3°, 32), nisi pro parte quæ jure hereditario capitur. (L. *In fideicommissaria*, 18. § 3. D. *in eo.*)

Alio sunt jure prælegata, uti ostendimus ad L. *Titia*, 86, et leg. *In quartam*, 91. D. *Ad leg. Falcidiam*, 35. 2.

Partis vero appellatione et legata, et fideicommissa, et præceptiones veniunt, maxime si testator, majori patrimonii parte inter heredes, datis præceptionibus, divisa, ita adjecerit : « *Rogo qui ultimus decesserit, portionem suam superstiti restituat.* »

Modicis datis præceptionibus, voluntatis quæstio relinqueretur.

ULPIANUS.

III. § 5. Si is, qui rogatus fuerit hereditatem restituere, ante quæstionem de familia habitam vel tabulas aperuerit, vel hereditatem adierit, vel quid eorum quæ senatus consulto prohibentur, fecerit, ac per hoc publicata fuerit hereditas, fiscus cum suis oneribus heditatem acquirit; quare commodum quartæ, quod erat habiturus heres institutus, id ad fiscum pertinet, et ex Trebelliano actiones transeunt. Sed et si prohibuerit testamentarium introducere, vel testes convenire, vel mortem testatoris non defendit, vel ex alia causa hereditas fisco vindicata est, æque quartæ quidem commodum ad fiscum pertinebit, dodrans vero fideicommissario restituetur.

GOVEANUS.

Publicata et fisco vindicata hereditate, videbatur [interiisse][1] fideicommissum. Verum iniquum [apparuit][2] senatus consulto pœnam ad fideicommissarium qui nihil deliquit pertinere. Quare, commodo quartæ contentus fiscus, quam heres institutus habiturus erat, reliquam hereditatem restitueret. (L. *Papinianus*, 8. § *Meminisse*, 14. D. *De inofficioso testamento*, 5. 2. L. *Rescriptum*, 6. D. *De his quæ ut indignis*, 34. 9. L. *Beneficio*, 59. § 1. D. *Ad leg. Falcidiam*, 35. 2.)

Aliud in substituto dicendum est, cui, publicata hereditate, locus nullus est. (L. *Si sequens*, 15. Pr. D. *De S. C. Silan.* 29. 5.)

Ait Jureconsultus : *Ante quæstionem de familia habitam...* Occiso patre familias, vetat senatus consultum Claudianum[3] tabulas

[1] Ms. « intercessisse. »

[2] Ms. « sit. »

[3] Hoc senatus consultum sæpius Silanianum vocatur. V. desiderabilis

testamenti aperiri, vel hereditatem adiri ante quæstionem de servis habitam, ne familiæ scelus, sui compendii causa, possit heres occultare. (L. *Si quis*, 3. § *Non tantum*, 29. D. *De senatus consulto Silaniano*, 29. 5.)

Ait Jureconsultus : *Vel tabulas aperuerit, vel hereditatem adierit*... Ob solam apertionem, negat Accursius publicari hereditatem, et pœnam dumtaxat esse centum aureorum constitutam.— Ego aliam sententiam [sequor]. L. *Si ea*, 3. C. *De his quibus ut indignis*, 7. 35.

Quod tamen non sic accipiendum est, ut si, apertis tabulis, hereditatem repudiet institutus, fisco locus fiat. Nam fisco, denegatis heredi actionibus, locus fit. (L. 1. Pr. D. *Si quis aliquem testari prohibuerit*, 29. 6). Denegari autem non dicuntur nisi ei qui hereditatem adquisivit.

Verum ita ut heredi, qui, habita de familia quæstione, sumptoque supplicio, hereditatem adierit, actiones nihilominus hereditariæ denegentur, si tabulas ante quæstionem aperuerit.

Neque obstat l. *Necessarios*, 5. § *Non alias*, 2. D. *De senatus consulto Silaniano*, 29. 5, cujus sententia illa est, ut, antequam patrem familias occisum constet, senatus consulto locus non fit. In qua exempli causa tantum ponitur hereditas adita ante quæstionem habitam. Facit l. *Si antequam*, 23. D. *eodem titulo* 29. 5.

Nam lex *Lege Cornelia*, 25. § *Ex hoc*, 2. D. *ex hoc titulo* 29. 5, non de herede instituto loquitur, sed de eo omnino qui testamenti tabulas aperuit contra senatus consultum, cui centum aureorum pœna infligitur; cujus mediam partem aufert accusator, pars in publicum redigitur. Nam heres satis in eo punitur quod hereditatem amittit.

Quid ergo si, apertis tabulis, hereditatem repudiet institutus? Et eo casu in eum centum aureorum dabitur actio, servata vel substitutis, vel legitimis hereditate.

Ait Jureconsultus : *Vel quid eorum quæ senatus consulto prohibentur*... Recitaverit, descripserit, recitandum, describendum curaverit. (D. l. 3. § [*Si alius*, 28][1]. D. *De senatus consulto Silaniano*, 25. 5.)

Ait Jureconsultus : *Fiscus cum suis oneribus hereditatem ad-*

antecessoris de Caqueray supremam disceptationem (*Revue historique de droit français et étranger*, t. X, 1864, p. 214 et suiv.) E. C.

[1] Ms. « quæ testamenta. »

quirit... Cum onere fideicommissi; neque tamen heres fit, heres enim tum fit cum aut ipse instituitur Imperator, aut ejus servus. (L. 1. [§ *Est hoc* 2. D.] *De officio procuratoris Cœsaris*, 1. 19.)

Ait Jureconsultus : *Et ex Trebelliano actiones transeunt*... Quid ergo si heredi testator quartam non reliquerit? Et dicendum est, quia fiscus heres non fit, non posse apud eum, restituta hereditate, onera actionum remanere, quamvis Pegasiano locus esse videatur.

Ait Jureconsultus : *Sed et si prohibuerit testamentarium introducere*... Quo casu, denegatis heredi actionibus, locum fieri superius adnotavimus, facta caduca hereditate.

ULPIANUS.

Lib. IV. Fideicommissorum.

IV. Quia poterat fieri, ut heres institutus nolit adire hereditatem, veritus, ne damno afficeretur, prospectum est, ut, si fideicommissarius diceret, suo periculo adiri, et restitui sibi velle, cogatur heres institutus a Prætore adire, et restituere hereditatem. Quod si fuerit factum, transeunt actiones ex Trebelliano, nec quartæ commodo heres in restitutione utetur. Nam quum alieno periculo adierit hereditatem, merito omni commodo arcebitur, nec interest, solvendo sit hereditas, necne; sufficit enim recusari ab herede instituto, neque illud inquiritur, solvendo sit hereditas, an non sit. Opinio enim, vel metus, vel color ejus, qui noluit adire hereditatem, inspicitur, non substantia hereditatis; nec immerito; non enim præscribi heredi instituto debet, cur metuat hereditatem adire, vel cur nolit, quum variæ sint hominum voluntates, quorundam negotia timentium, quorundam vexationem, quorundam æris alieni cumulum, tametsi locuples videatur hereditas, quorundam offensas vel invidiam, quorundam gratificari volentium his, quibus hereditas relicta est, sine onere tamen suo.

GOVEANUS.

In præfatione, Pegasiani senatus consulti illud præcipuum fuisse scripsimus, ut, qui suspectam hereditatem diceret, adire et restituere cogeretur, ea que restitutio quasi ex Trebelliano fieret; neque quartæ commodo in restitutione heres uteretur, utpote qui alieno periculo adiret.

Neque illud dicebat heres, hereditatem solvendo non esse; sed dumtaxat profitebatur sibi non expedire hereditatem adire, idque ita se putare. Neque enim præscribi ei poterat cur hereditatem adire metueret; nec vero cogi quem posse adire, cum acquirentium liberæ et solutæ debeant esse voluntates.

Aliud suspectam dicere esse hereditatem, aliud repudiare, ostendemus ad leg. *sequent.* et leg. *Nam quod*, 14. D. *in eo.*

Ait Jureconsultus : *Sine onere tamen suo*... Ex hoc loco aperte intelligimus, restituta universa hereditate, uti jussa erat, actiones tamen transferri. Ideoque cautius heredi esse, fideicommissario gratificari volenti, si suspectam dicat hereditatem. (L. *Qui totam*, 45. D. *in eo.*) De quo diximus in Præfatione.

(*La suite au prochain numéro.*)

BIBLIOGRAPHIE.

De la profession d'avocat, par M. Félix Liouville, bâtonnier de l'ordre des avocats de Paris. 1 vol. in-8°; Paris, 1864, chez Cosse et Marchal, 27, place Dauphine. Prix : 6 fr. 50.

Notre confrère et ami Albert Liouville, l'un des membres les plus distingués du jeune barreau de Paris, vient de publier la troisième édition des *Discours* prononcés par son illustre père, alors bâtonnier de l'ordre, sur la profession d'avocat. Nous sommes heureux que cet hommage, rendu par la piété filiale à la mémoire la plus chère et la plus vénérée, nous fournisse l'occasion d'exprimer à notre tour les sentiments que nous avait inspirés l'homme excellent entre tous que nous a ravi une mort prématurée, et d'apprécier le monument durable que dans les derniers temps de sa vie, et de ses mains presque défaillantes, il a élevé à la gloire de cette belle profession d'avocat qu'il avait tant aimée. Nous pouvons le dire : tout ce que l'intelligence la plus haute, l'expérience la plus consommée, la passion la plus ardente pour une grande et noble profession, peuvent apprendre ou inspirer à un homme, Félix Liouville l'a déposé en substance dans cette œuvre, digne couronnement de sa brillante, mais hélas ! trop courte carrière, mettant à instruire, à diriger, à fortifier ses jeunes stagiaires, la sollicitude émue et tendre d'un père de famille qui, sentant sa fin prochaine, donnerait ses suprêmes conseils à des enfants bien aimés. Rien ne saurait rendre le sentiment de profonde satisfaction avec lequel il assistait aux débuts heureux d'un jeune avocat, le vif et touchant intérêt avec lequel il suivait ses premiers pas dans la carrière, la joie sans égale qu'il éprouvait à le voir se développer et grandir. Aussi, quel empressement auprès du maître pour être admis dans l'intimité de sa laborieuse vie ! Que d'avocats aujourd'hui renommés se sont formés sous son regard, et ont dû à ses conseils, à son expérience, leurs premières et leurs meilleures leçons ! Mais cette participation immédiate et directe aux travaux du maître n'est jamais que le privilége d'un petit nombre, et c'est pour étendre à tous le bienfait de ce haut enseignement, que Félix

Liouville a écrit ses *Discours*, en leur donnant des développements qui en font autant de traités, et en leur imprimant ce caractère à la fois esthétique, théorique et pratique, qui en constitue la vive et saisissante originalité.

Le premier Discours traite des *devoirs*, *honneurs*, *avantages* et *jouissances* de la profession d'avocat, des *éloges* donnés à cette profession, et se termine par des *notices nécrologiques*, suivies d'un *éloge de Paillet*.

Le premier mot de notre si regretté bâtonnier devait être pour l'*amour de son état*. « J'avouerai volontiers, dit-il, que j'ai l'amour de notre profession ; je n'hésite même pas à dire que j'en ai la passion, et que je l'aime avec le respect, la reconnaissance et la tendresse d'un fils pour sa mère.

« Je désire trouver en vous ces sentiments, et je voudrais les inspirer à ceux qui ne les ont pas encore ; car ils sont une des premières conditions du bonheur. »

Puis, après avoir tracé les devoirs traditionnels de la profession, et mis en relief l'honneur et les avantages qui en découlent, il énumère les plaisirs qu'elle donne. Le plus vif, à ses yeux, était le *plaisir de plaider*. « Cette création de l'esprit et de la parole procure à l'avocat la triple jouissance qu'éprouvent l'homme de lettres, l'improvisateur et l'acteur, avec la réalité et la lutte par surcroît, sans parler de la satisfaction qui résulte d'une tâche terminée, d'un devoir accompli, d'un service rendu.

« N'est-ce pas, ajoute-t-il, une grande jouissance, que de rendre au droit persécuté un public hommage, de soutenir un opprimé, d'attaquer un oppresseur, d'arracher le masque à un hypocrite ; de chercher, de trouver le chemin qui, de gré ou de force, conduit au cœur du juge ; de lire dans ses yeux le progrès de la cause, de voir, minute par minute, la conviction se former, croître, monter, arriver au comble, — et de s'asseoir alors, plein d'espoir, au milieu d'un murmure d'approbation, près d'un client ému jusqu'aux larmes, qui serre vos mains dans les siennes, et qui, s'il l'osait, vous étoufferait sous ses embrassements, à la face des juges et du public ? »

Dans ce style animé, dans cet élan enthousiaste, il me semble voir revivre Félix Liouville tout entier ; il me semble l'entendre encore et le voir s'asseyant, lui aussi, après une de ces plaidoiries fortes et passionnées qu'il prononçait si souvent « au milieu

d'un murmure d'approbation, et près de son client ému jusqu'aux larmes. » Heureux ceux qui, comme lui, peuvent dominer l'émotion inquiète que la gravité de la cause, l'anxiété du plaideur, l'incertitude du résultat, font toujours naître au cœur des plus vaillants, et goûter sans mélange le plaisir de convaincre le juge et de susciter les murmures flatteurs de l'auditoire !

L'éloge de Paillet, qui termine ce premier *discours*, est écrit avec une vivacité de couleur, une sincérité d'admiration et une tendresse de souvenir dignes des plus grands éloges. Nous le recommandons à tous ceux qui voudront goûter le double plaisir de lire quelques belles pages, et de connaître le jugement qu'un lumineux esprit porte sur une des illustrations les plus éclatantes et les plus pures du barreau moderne.

Le deuxième *Discours* a pour titre *le Stage*, avec cette épigraphe empruntée à Voltaire : « Le travail éloigne de nous « trois grands maux : l'ennui, le vice et le besoin. » Dans ce *discours*, ce n'est pas seulement le bâtonnier, avec l'autorité d'une expérience personnelle que nul autre peut-être n'a égalée, c'est aussi le père de famille, avec l'accent de la plus vive, de la plus profonde affection, qui fait entendre à son jeune auditoire, et les leçons qui doivent servir à son apprentissage de la profession, et aussi les leçons de haute sagesse, de forte moralité qui doivent le soutenir dans toutes les épreuves de la vie. La *clericature* qui apprend le maniement de toutes les pièces d'une affaire, et met dans la main de l'avocat ce fil conducteur qui doit le guider dans le labyrinthe obscur où la ruse et la chicane aiment à égarer la droiture et la bonne foi; l'étude et l'observance des règles et usages de la profession, par lesquels elle conserve son caractère propre et traditionnel; la réunion des *colonnes* où se discutent et s'approfondissent ces règles et ces usages; les *conférences* hebdomadaires, où, sous le regard du bâtonnier qui les juge, les jeunes avocats se livrent aux premiers assauts de la parole; les *conférences auxiliaires* où ils font leurs essais pour se préparer aux luttes des conférences hebdomadaires; les *audiences*, où ils peuvent puiser à la fois cette instruction solide qui forme les avocats, et, de temps à autre, ces grandes leçons d'éloquence dont le retentissement s'étend à toute la vie, et dont le souvenir est un perpétuel enseignement; les *causes* d'office,

où le talent est souvent, pour la première fois, exposé au feu de l'audience; le *cabinet d'un ancien*, où le jeune avocat élabore les plaidoyers d'un maître et d'un modèle, et, dans l'ordre des sentiments moraux, la dignité de la vie, le culte de l'amitié, l'amour de la famille, de la patrie : tels sont les nobles ou utiles objets sur lesquels portent successivement les réflexions et les conseils de notre ancien bâtonnier. C'est l'histoire même de sa vie offerte en exemple à ceux qui, sous son patronage, vont affronter les difficultés sans nombre qu'il avait toujours si glorieusement vaincues.

Le troisième *Discours* traite de la *plaidoirie*, des *mémoires* et des *consultations*. Dans une première section, l'auteur trace les règles à suivre pour l'instruction utile des affaires criminelles, soit devant les tribunaux correctionnels, soit devant les cours d'assises, et il indique les principaux traits que doit avoir la plaidoirie devant ces diverses juridictions. — Puis, abordant les affaires civiles, il prodigue les observations les plus judicieuses en même temps que les conseils les plus pratiques, et nous ne pensons pas que l'art d'instruire une affaire, de préparer une plaidoirie, d'organiser une vigoureuse attaque ou une habile défense, de mettre en jeu (pour tout dire d'un mot) les ressources infiniment variées de la tactique, de la science et de la parole, ait jamais été analysé avec une telle sagacité, ni exposé avec une si parfaite méthode. Ce discours, le plus important de tous, puisqu'il a pour objet la *plaidoirie*, est un véritable traité de l'art oratoire, auquel l'auteur a joint des citations aussi intéressantes que variées. Toutes les parties du plaidoyer y sont l'objet d'un examen particulier, d'utiles et profondes réflexions. A chaque ligne, à chaque mot on sent l'homme qui a passé sa vie dans l'étude autant de l'art qui conduit aux succès de l'audience, que des causes même dont la défense était confiée à son nerveux talent. Rien n'est omis, ni la composition du discours, soit pour attaquer, soit pour défendre, ni le style, ni le débit, ni le geste, ni l'action oratoire, envisagés au point de vue de l'éloquence judiciaire. Ce véritable traité de l'art de bien plaider se termine par une *conclusion* où abondent les pensées les plus élevées sur la manière de traiter ces grandes affaires, qui n'ont de judiciaire que l'arène où elles se débattent, et qui, par le caractère ou la grandeur des intérêts qui sont en jeu, tou-

chent au drame même de l'histoire. « Alors, dit-il, c'est dans la philosophie, c'est dans la grandeur de la cause, c'est dans le patriotisme, c'est dans la hauteur d'une raison perpétuellement exercée, c'est dans la puissance d'une conviction inébranlable, c'est dans la force d'un dévouement sans bornes, c'est dans la sensibilité de votre cœur que vous puiserez vos raisonnements et vos paroles, vos gestes et vos larmes...

« Quand Hypérides osa demander aux juges d'Athènes s'il était permis aux hommes d'accuser les déesses d'impiété, et que, sous le voile déchiré de la courtisane, il fit apparaître Vénus elle-même à la barre de l'Aréopage, devenu pour un instant le temple de la beauté; quand Démosthène, la main levée vers le ciel, jura, par les mânes des héros tombés à Salamine, à Platée et à Marathon, que le peuple d'Athènes, en écoutant ses conseils, suivis de la défaite, non-seulement n'avait pas commis de faute, mais était, au contraire, resté digne de sa propre gloire, de la gloire de ses ancêtres, et des applaudissements de la postérité... Quand Gerbier, en pleine audience du parlement, prit sa cliente dans ses bras, et la jeta dans ceux d'un père jusqu'alors inflexible; quand Bonnet défendant Moreau, victime pure alors! écrasa l'accusateur sous le poids des victoires du héros de Hohenlinden; quand d'unanimes acclamations interrompirent Romiguières, invoquant les mânes de Henri III et de Henri IV, assassinés par le fanatisme religieux..., ce n'étaient pas les règles de la rhétorique, c'était la sensibilité de leur cœur, c'était l'étude approfondie du cœur humain qui inspiraient ces grands orateurs. »

Tel est le vif sentiment de l'éloquence que Félix Liouville éprouvait au fond de son cœur, laissait éclater dans ses propres discours, et savait inspirer au jeune auditoire, profondément ému par le récit pathétique de ces grands souvenirs.

Le quatrième *Discours* est une étude sur les *lois et règlements* de la profession d'avocat. Avant 1790, date de la suppression de l'ordre, et depuis cette époque, cet exposé, à la fois historique et analytique, est rempli d'intérêt : ce sont quelques pages d'histoire vivement résumées et fort instructives. Ce discours se termine par de touchants adieux adressés par notre si regretté bâtonnier à ses chers stagiaires, adieux devenus plus touchants encore quand on se souvient combien le moment où il les prononça fut proche de celui où le barreau tout entier alla

déposer les siens sur sa tombe prématurément ouverte. Qui eût pensé que cette vigoureuse nature, ce puissant esprit, ce cœur vaillant, étaient dès lors sourdement minés par un mal profond dont ne purent triompher ni les efforts de la science, ni un repos trop prolongé au gré du malade, ni les affections et les dévouements dont sa famille et ses amis le comblèrent dans cette suprême épreuve.

Pendant les tristesses et les angoisses qui remplirent les derniers temps de sa vie, il eut encore la force, soutenu qu'il était par sa passion pour le travail, de revoir et d'annoter les discours que nous venons de résumer. Heureuse pensée! glorieux effort! Nous pouvons dire de lui qu'il n'est pas mort tout entier, et qu'il a laissé une œuvre dont le barreau s'honorera toujours, une œuvre où les jeunes générations viendront sans cesse puiser l'amour de leur profession, le sentiment de leurs devoirs, et l'art de bien dire.

A l'œuvre paternelle notre ami Albert Liouville a joint un *appendice* qui comprend :

Un projet de règlement sur l'exercice de la profession d'avocat, élaboré en 1833 par le conseil de l'ordre, à la demande de M. Barthe, alors garde des sceaux;

Le texte des lois, décrets, ordonnances et règlements encore en vigueur;

Une liste générale et chronologique des lois, ordonnances, décrets et règlements anciens;

Enfin, une table alphabétique, historique et raisonnée des matières.

Le travail est donc aussi complet qu'il est vivement intéressant et profondément instructif. C'est le *Code de l'avocat*.

J.-J. Delsol,
Avocat à la Cour impériale de Paris, docteur en droit.

Traduction du Code pénal prussien, par M. Nypels.

Nous avons déjà, dans notre cahier de septembre-octobre 1862 [1], rendu compte de la traduction du Code pénal prussien de 1861, par M. Nypels, professeur ordinaire à l'université de

[1] Voir *Revue historique*, t. VIII, p. 613.

Liége (Belgique). Aujourd'hui, comme renseignement nouveau sur la valeur du travail de M. Nypels, nous reproduisons le jugement qui en a été porté dans le *Journal universel allemand de droit criminel* (Allgemeine deutsche Strafrechtszeitung), qui paraît à Berlin, sous la direction de M. von Holtzendorff, professeur [1]. Ce journal est, à coup sûr, une des publications de l'Allemagne dont l'autorité est la plus grande en pareille matière. Voici la traduction de l'article dont il s'agit :

« Parmi les ouvrages qui traitent du droit criminel, nous signalerons celui de Nypels, dont le titre est : *Code pénal prussien du 14 avril* 1851, avec la loi sur la mise en vigueur de ce Code, et les lois rendues jusqu'à ce jour pour le compléter ou le modifier ; le tout précédé d'une introduction, et traduit, pour la première fois, en français (Bruxelles, 1862).

« M. Nypels était déjà renommé comme criminaliste, et on connaît l'édition qu'il a donnée du grand ouvrage de Hélie [2] pour la Belgique et pour l'Allemagne, édition qui est d'une haute valeur. Depuis, il s'est imposé la tâche de faire connaître à ses compatriotes, par une traduction, le Code pénal de la Prusse. Si l'on réfléchit que la connaissance de l'allemand est relativement peu répandue en France, on ne doutera point que ce travail n'y soit accueilli avec faveur. Mais, s'agit-il d'en apprécier tout le mérite, les meilleurs juges seront à coup sûr les criminalistes allemands : car, pour bien faire une traduction comme celle-ci, il ne suffit pas de savoir à fond deux langues ; il faut de plus être parfaitement au courant et des formes de langage qu'emploie le législateur et des vues qui le dirigent. On comprend que faire passer un Code dans un idiome étranger est tout autre chose que de traduire un roman. Dans ce dernier cas, un certain « à peu près » dans l'imitation du style pourra suffire ; mais en ce qui regarde les « œuvres législatives, » il ne saurait être question de ce qu'on appelle *traduction libre*. Ce qui a mis surtout Nypels en état de réussir dans son entreprise, c'est que très-certainement, en dehors de l'Allemagne, nul mieux que lui ne connaît et les lois et les publications de tout genre

[1] Cahier de janvier 1864.

[2] La *Théorie du Code pénal*, dont il est question ici, a toujours porté, dans les diverses éditions françaises et belges, les noms de ses deux auteurs : MM. Adolphe Chauveau et Faustin-Hélie. A.-V.

qui ont trait au droit criminel ; ses notes et additions à l'ouvrage de Hélie en sont la preuve évidente. L'introduction qu'il a placée en tête de sa traduction fait voir aussi combien le droit pénal prussien lui est devenu familier. Il a d'ailleurs su mettre à profit tous les écrits de quelque valeur.

« On peut, à tous égards, qualifier cette œuvre d'excellente. Là où quelque doute s'élève sur le sens, l'auteur rapporte les expressions techniques du droit allemand: A ce point de vue, la nouvelle traduction offre aux Allemands un intérêt *de langage*. Entre autres termes qu'on ne peut faire passer exactement en français, Nypels indique celui de *strafbarer Eigennutz*, que, faute de mieux, il rend par cette tournure un peu lâche : *actes intéressés punissables*.

« L'auteur a eu soin d'ajouter aux divers paragraphes du Code allemand l'indication des textes correspondants du Code pénal français; et par là encore il a donné à son travail de l'utilité pour les lecteurs prussiens. »

A. VALETTE,
Professeur à la Faculté de droit de Paris.

Cartulaires de Brioude et de Sauxillanges, publiés, pour l'Académie de Clermont-Ferrand, avec des notes et des tables, par M. H. DONIOL, correspondant de l'Institut [1].

Les mondes nouveaux qui se forment par delà l'Océan sous nos yeux, ces jeunes républiques d'Amérique nées d'hier, n'auront vu que des destins favorables présider à leur berceau. A les comparer à la jeunesse de la vieille Europe, ce n'est que joie et bonheur. Que sont ces révolutions improvisées, presque d'imagination, au lieu de nos dix siècles de transformations, avec leurs souffrances de toute nature? Notre France a été plus particulièrement engendrée dans les larmes; plus qu'aucune autre nation peut-être elle a subi le martyre de la maternité. Aussi recherchons-nous avec passion tous les éléments qui nous permettent de connaître le point d'où nous sommes partis pour aboutir à la déclaration des DROITS DE L'HOMME, date de nos nouvelles destinées. Nous avons un immense besoin de vérité

[1] 2 vol. in-4°, Clermont et Paris, chez F. Thibaud, Ch. Dumoulin et A. Durand.

historique. Nous ne nous contentons plus d'à peu près. Nous voulons toucher de la main et boire aux sources mêmes. Les volumineuses histoires font place à des monographies bien étudiées et d'une grande sûreté d'érudition. Chaque province vide ses archives, met au jour ses richesses enfouies dans la poussière. La lumière arrive enfin!

L'Auvergne n'a pas voulu être en retard. On ne connaissait que peu des anciens documents si nécessaires à l'étude de son passé ; les dépôts officiels, si riches, avaient à peine été fouillés ; aucun document important n'avait été édité. L'*Académie de Clermont* s'occupe de combler le vide laissé dans notre bibliographie historique ; elle vient d'ouvrir une voie qui ne sera pas abandonnée. Elle publie les Cartulaires du chapitre de Brioude et du monastère de Sauxillanges, un des importants prieurés de Cluny. On sait que ces textes ont une grande notoriété dans le monde savant. Ils sont la première assise des titres spéciaux à l'Auvergne. Leurs chartes, qui dépassent le chiffre de treize cents, intéressent la plupart des anciennes familles et des localités de cette province; touchent à des parties du Vélay et du Gévaudan. Trois siècles, du neuvième au douzième, les siècles qui appartiennent avant tout à l'Eglise et à la féodalité, sont éclairés par eux, et ils fournissent les bases essentielles pour retracer l'histoire politique et sociale de l'Auvergne durant ces époques obscures et troublées.

Leur ensemble offre une extrême variété d'objets. On y rencontre des chartes de fondations, de priviléges, de protection ; des donations de droits seigneuriaux, de rentes ; des accensements, des contrats pour travaux ruraux ou urbains ; des conventions pour être reçu moine, pour l'éducation des enfants, etc. Géographie administrative, état de la propriété, condition des personnes, situation économique, tous ces éléments multiples, indispensables à l'historien, on les y trouve réunis. C'est un admirable champ d'études. Les possessions agricoles y tiennent la place la plus importante. Toutes les natures de propriété, autour desquelles les intérêts se formaient et s'agitaient, passent sous les yeux. Le *Cartulaire de Sauxillanges* particulièrement offre le résumé presque complet de toutes les transactions touchant à la possession, dans le pays et le temps qu'il embrasse.

Jusqu'à documents nouveaux, il paraît résulter des deux

Cartulaires que le servage ne tenait qu'une place minime dans les populations rurales, en Basse-Auvergne, du neuvième au douzième siècle. On devine qu'il existait surtout des laboureurs libres, travaillant à leurs risques de toutes les manières compatibles avec l'état économique de la société. Les textes, au reste, montrent la propriété dans toute la variété de situation que comportait le moyen âge, les possessions foncières mêlées de toute part aux possessions censuelles. Il n'y a pas trace d'une de ces vastes administrations agricoles dont l'église de Saint-Germain-des-Prés, entre autres, avait donné le tableau. En général, les moines de Brioude et de Sauxillanges laissaient à la classe rurale, par petites exploitations, les charges et les risques du travail agricole ; le plus souvent moyennant de simples cens en argent ou en denrées, ou bien sous des conditions diverses dont les textes font mention. Parmi ces conditions, celle qui domine est le *métayage* (*medietas*). Il prend le nom particulier de *vinidrias*, de *medium-plantum*, quand il s'agit de la culture de la vigne. Rien n'atteste plus que ces contrats combien l'établissement des vignes était un travail de haut prix.

Nous appellerons aussi l'attention sur les actes concernant l'éducation des enfants. Ils sont nombreux dans le Cartulaire de Sauxillanges. Seule, l'Église possédait alors l'énergie et la règle, le mouvement et l'ordre, les deux grands moyens d'influence ; et il n'y avait qu'une science : la théologie. C'était tantôt un asile pur et simple, tantôt une tutelle dans le monastère qu'on assurait à l'enfant dans sa minorité. Le plus souvent, les conventions ont pour but de préparer l'enfant à la vie ecclésiastique. Plus d'une fois, la volonté ultérieure de l'enfant ou de sa famille est réservée ; et l'on ne stipule, à vrai dire, que l'éducation et l'entretien.

Ces Cartulaires forment deux beaux volumes in-4°, l'un de cinquante, l'autre de près de cent feuilles, d'une belle exécution typographique. On n'y trouvera pas seulement des textes, séchement alignés les uns à la suite des autres ; des divisions méthodiques et des notes introductives permettent de se guider au milieu des chartes et de diriger utilement ses recherches. Il suffit de dire qu'un membre correspondant de l'Institut, M. Henri Doniol, est l'éditeur de cette publication. Il a suivi la méthode employée par le regrettable M. Guérard.

Le texte est accompagné de tables alphabétiques : une pour les noms des personnes, une autre pour les noms de lieux et les mentions principales.

Personne n'était plus apte que M. Doniol à ce travail d'éditeur. Il connaissait ces textes fructueusement consultés par lui pour son ouvrage rempli d'idées neuves et profondes sur les classes rurales au moyen âge. Personne n'a mieux que lui et autant que lui étudié l'Auvergne ; personne n'a semé plus de vues originales et éclairées sur le passé historique de cette province ; personne ne sait mieux l'ancien état des personnes et de la propriété. De bonne heure il en a fait son domaine. Ses livres, ses opuscules, ont le privilége rare de faire penser et d'ouvrir des horizons. L'édition qu'il vient de donner des Cartulaires de Sauxillanges et de Brioude répond à toutes les exigences, et le public érudit ne peut que lui en savoir beaucoup de gré. Un voile de plus a été levé et un coin du moyen âge nous sera aujourd'hui connu dans une province qui, par sa situation, a résumé les phases diverses par lesquelles a successivement passé notre patrie.

A. BARDOUX.

Considérations sur la loi relative à l'instruction des flagrants délits devant les tribunaux correctionnels, par M. TH. DEROME, docteur en droit, procureur impérial à Quimper. Paris, Durand, 1864, in-8°. Prix : 3 francs.

Voici une Etude qui arrive à propos, et, quand même nous n'aurions pas tant de bien à en dire, cette opportunité est déjà un grand mérite.

La loi du 20 mai 1863 offre en effet cette particularité que, conçue sous les inspirations les plus libérales, en même temps destinée à prendre rang dans la pratique de tous les tribunaux, elle a suscité au Corps législatif, comme dans la presse, une assez vive opposition, et, jusqu'à présent, s'est trouvée peu appliquée par un grand nombre des parquets de l'empire. Les adversaires de cette loi reviendront-ils de leur opinion défavorable? D'autre part, faut-il espérer voir la procédure sommaire dite *des flagrants délits* suivie fréquemment devant les tribunaux de province, et particulièrement devant ceux de dernière classe? Pour tous les jurisconsultes, et surtout pour les magistrats, ces questions sont d'une vive actualité ; elles se rattachent en effet

à la réglementation de la détention préventive; elles touchent, par un des côtés les plus vifs, à ces lois criminelles du caractère desquelles, suivant Montesquieu, « dépend principalement la liberté des citoyens[1]. »

Nous avons fait, Dieu merci! bien des progrès depuis le temps où Montesquieu écrivait son œuvre immortelle. Nous sommes loin de la procédure criminelle qui provoquait le livre de Beccaria, ainsi que les protestations éloquentes et passionnées des publicistes du dix-huitième siècle. Tant de raison, tant d'ardeur généreuse ont porté leurs fruits. Mouvement admirable qui a fait que depuis cette époque notre pays semble avoir franchi dix générations, traversé une longue période historique, et qu'on se demande si c'est bien cette même France qui, voilà quatre-vingts ans, reconnaissait encore les lettres monitoires, la procédure secrète et la question.

Cependant le Code d'instruction criminelle de 1808 n'avait point, tant s'en faut, atteint la perfection absolue. Il prête aux plus légitimes critiques en ce qui concerne spécialement cette question de la détention préventive dont le gouvernement se préoccupe avec tant de persistance et de sollicitude. Les lois des 4 avril 1855 et 17 juillet 1856 ont marqué un premier pas dans la voie des réformes qu'on a eu l'intention de poursuivre par la loi du 20 mai 1863.

C'est cette procédure nouvelle que M. Derome étudie dans le travail remarquable que nous signalons aux lecteurs de la *Revue historique*.

Au milieu du conflit d'opinions contraires soulevées par la loi des *flagrants délits*, M. le procureur impérial de Quimper n'hésite point; il arbore résolûment ses couleurs et prend en main, avec une énergique conviction, la défense de l'innovation tant attaquée.

« Quel est, dit l'auteur, le principe fondamental de la loi du 20 mai 1863? C'est qu'il faut juger simplement ce qui est simple, avec célérité ce qui ne demande aucun délai; c'est qu'il importe d'affranchir, autant que faire se peut, de toute détention préventive les individus arrêtés en état de flagrant délit..... La pensée la plus pure, la plus noble, la meilleure, est au fond de

[1] *Esprit des lois*, liv. XII, chap. II.

la loi du 20 mai, et, à ce titre, cette loi a droit à tous nos respects, à toute notre sympathie. N'en exagérons pas les conséquences pour la rendre odieuse, pour la frapper d'ostracisme. Ouvrons-lui, au contraire, notre Code de 1808 ; qu'elle se place comme un chapitre nouveau dans ce milieu salutaire où elle trouvera facilement son équilibre ; œuvre incomplète, imparfaite, je le sens, elle recevra de l'avenir, comme toute œuvre humaine, son développement régulier..... »

Nous ne suivrons pas M. Derome dans son brillant exposé ; le moindre défaut d'une analyse c'est, en général, de rendre froidement ; souvent elle expose mal, surtout lorsque, comme dans l'espèce, il s'agit d'un travail qui, par sa concision, échappe à l'exégèse. Nous ne pouvons qu'engager à lire la brochure de M. le procureur impérial de Quimper. On trouvera vraisemblablement comme nous que le savant magistrat défend victorieusement la loi du 20 mai 1863 d'une partie des reproches qui lui ont été adressés, notamment d'être une atteinte portée au principe qui détermine les attributions du ministère public et du juge d'instruction. Seulement l'auteur, au lieu de la faculté laissée au procureur impérial de décerner mandat de *dépôt*, voudrait qu'on employât l'expression mandat *d'amener*. Ce serait plus en rapport avec les pouvoirs donnés au ministère public par le Code d'instruction criminelle. Cette observation semble très-juste. On peut s'étonner que lors de la discussion de la loi elle ne se soit présentée à l'esprit de personne.

Nous parlerions bien d'un autre côté défectueux dont on parviendra moins facilement à faire absoudre la loi du 20 mai : nous voulons dire le danger de la précipitation dans les poursuites et dans les décisions judiciaires. Mais ce n'est point le lieu de traiter ce point assez complexe, qui exigerait une trop longue discussion.

Tel est, dans un très-rapide aperçu, le travail de M. Derome. Nous connaissions déjà diverses Etudes de ce magistrat distingué : des Recherches sur la preuve littérale, publiées il y a une quinzaine d'années par la *Revue de législation ;* quelques Notices historiques, dont une sur d'Argentré ; une Monographie remarquable sur l'Usement de Rohan. L'auteur est une de ces intelligences curieuses, observatrices, profondes, qui ne traversent point un pays les yeux fermés, mais regardent attentive-

ment autour d'elles, fouillent l'histoire locale, apportent ainsi leur précieux tribut à la critique générale, à l'histoire d'ensemble. Toutefois, on dirait que ces travaux ne sont pour M. Derome que des délassements d'érudit. Cette sorte d'archéologie du droit ne l'isole pas de la vie pratique. Vienne à se présenter sous sa plume, comme nous venons de le voir, un sujet vivant, actuel, il le saisit, le comprend, l'expose avec une force de raison, une hauteur de sentiments, un éclat nerveux de style qui entraînent presque toujours et ne cessent jamais d'attacher.

V. CHAISÉMARTIN,
Procureur impérial à Loches.

Journal des Etats tenus à Vitry-le-François en 1744, rédigé par BERTIN DU ROCHERET, président et grand-voyer de l'élection à Epernay, lieutenant criminel au bailliage et gouvernement de ladite ville. — *Documents curieux et complétement inédits sur l'histoire et la noblesse de Champagne*, publiés avec une Etude sur la vie et les œuvres de Bertin du Rocheret, par AUGUSTE NICAISE. 1 vol. grand in-18 de 360 pages, 1864. Paris, chez Durand, rue des Grès-Sorbonne, 7. Prix : 4 francs.

Un riche Hongrois du nom de Peligz Ferench, qui parcourait la France sous le règne du bon roi Henri IV, mourut à Debreczin, laissant parmi ses papiers de nombreuses notes manuscrites rédigées au jour le jour, et qui ne sont rien autre chose que ses impressions de voyage. Les voyages à cette époque étaient beaucoup moins faciles qu'ils ne le sont aujourd'hui; ils se faisaient le plus souvent à cheval et par courtes étapes. Mais pour les esprits observateurs, qui ne se contentent pas de l'aspect fugitif des choses, ils étaient très-instructifs et laissaient à la mémoire de précieuses acquisitions. Le pays, sa beauté ou sa laideur, si toutefois l'aspect de la campagne peut être laid, les habitants, leur physionomie, leur caractère, les mœurs, les coutumes, les croyances dans leurs manifestations diverses, le relief des choses se fixaient presque naturellement dans l'esprit du touriste, qui, ayant mis assez de temps pour voir et connaître était, pour ainsi dire, dans l'impossibilité d'oublier.

Le noble magyare dont nous parlons (car c'était un noble), a fait un court séjour à Châlons-sur-Marne, où il était arrivé par

la grande voie d' *Argentoratum*, c'est-à-dire en langage moderne par la route de Strasbourg. Il prit un logement près des portes de la ville, dans un hôtel portant pour enseigne un écusson orné d'un moulin à vent d'argent sur champ de gueules, et il a daté de là quelques-unes de ses observations sur la Champagne et sur ses habitants :

« Le Champenois, dit-il, m'a paru bon, simple et peu fortuné, mais pas trop misérable, moins pauvre assurément que beaucoup d'habitants d'autres provinces. Il est intelligent, curieux des grandes affaires de l'Etat, s'inquiétant du roi, des ministres, de la cour, de la paix, de la guerre, mais peu instruit des affaires particulières de sa contrée ; ne connaissant de l'histoire de ses anciennes institutions rien ou presque rien, et de l'histoire de ses anciens comtes, que le nom de Thibaut et celui de la comtesse Blanche, parce que plusieurs des récits légendaires commencent ainsi : « Du temps du brave et galant comte Thibaut ; » ou « lorsque la bonne comtesse Blanche vivait, etc. »

L'observation de notre voyageur, qui ne manquait pas d'exactitude alors, avait cependant un défaut : elle n'était pas assez générale, car on aurait pu l'étendre, non-seulement à toutes les provinces de la France, mais encore à tous les pays du monde, et nous pouvons ajouter, sans trop risquer, du monde ancien aussi bien que du monde moderne. Pline le Jeune constatait déjà, dans ses lettres, écrites il y aura bientôt dix-huit siècles, et si intéressantes à différents points de vue, que les événements qui semblaient préoccuper le plus les provinces étaient ceux de la Rome impériale. Les contrées soumises avaient constamment les yeux tournés vers la reine des nations, vers cette maîtresse du monde, qui, tout en sachant se faire admirer et éblouir même à distance, savait aussi, par une politique habile et impitoyable, quand il le fallait, réduire les admirateurs sous le joug d'une oppression rigoureuse.

Or, *à priori*, nous pouvons bien supposer que nos ancêtres nous ont laissé quelques-unes de leurs qualités ainsi qu'une partie de leurs défauts. Le sang, en se transmettant de générations en générations, transmet aussi les aptitudes générales et quelques facultés spéciales.

L'humanité ne se modifie pas aussi profondément qu'on peut être porté à le croire, les caractères ont toujours le même fond,

et ce qu'on prend pour un changement radical n'est le plus souvent qu'une affaire de nuances : *Tout est une question de nuances*, dit un auteur célèbre ; mais les caractères sont en réalité toujours les mêmes, et les immortels peintres des hommes, Théophraste, La Bruyère, Molière, La Rochefoucauld, ont tracé des portraits, qui, pour avoir été exacts jadis, n'ont guère perdu de leur ressemblance aujourd'hui, et ne la perdront pas de longtemps.

La curiosité pour les choses éloignées, l'attrait, l'entraînement irréfléchi pour ce qui a de l'éclat, sont des facultés ou des manières d'être populaires, et l'indifférence ou la négligence *pro domo et provincia* distinguent encore un certain nombre de modernes.

Qui donc, en Champagne, savait, il y a quelques jours, et sait en ce moment (nous n'entendons parler que des personnes qui par position ou par profession, sont obligées d'être instruites), qui donc, parmi les érudits, savait qu'une question de la plus haute importance pour le pays avait été agitée avec ardeur et très-vivement débattue à Vitry-le-François par l'élite des Champenois, nobles, ecclésiastiques, bourgeois ou tiers état, pendant le mois de mai 1744, et cela en vertu des ordres royaux?

Il y avait bien positivement à cette époque à Vitry une réunion d'états, convoqués par lettres patentes du roi Louis XV, à l'effet d'examiner quelle était la situation des terres en Champagne, et de décider d'après les coutumes, si ces terres étaient *franches*, c'est-à-dire libres et leurs possesseurs aussi, ou bien si elles étaient soumises à la *censive* seigneuriale, qui entraînait avec elle foi, hommage et espèces sonnantes à payer annuellement, indépendamment de tous autres droits du roi et de l'Eglise ; droits dont l'énumération serait fort longue et pourrait bien effrayer plus d'un contribuable de nos jours.

Voilà donc quelle était la question posée devant l'assemblée des états de Vitry, où devaient se trouver réunies environ dix-huit cents personnes ; le nombre des convocations faites parmi les nobles, le clergé et le tiers état, en vertu desdites lettres patentes, atteignait ce chiffre.

A ce mot *Etats de Vitry-le-François*, à cette date plus que séculaire, quelques hommes d'esprit, mais de tempérament frondeur, sont peut-être tentés de sourire en disant : « Qu'est-ce que cela peut avoir d'intéressant? Une petite ville pouvait-elle

être le siége d'une grosse affaire? Et si cette affaire eût été si grosse, n'en aurions-nous pas entendu parler déjà? De quoi vient-on nous parler? Que nous veut ce livre? C'est sans doute une ancienne histoire, rédigée par un ancien robin, édictée pour le plaisir et pour la plus grande satisfaction des hommes de loisir et des amateurs de bouquins. »

Hélas! combien de fois encore aurons-nous à constater la légèreté de l'aimable caractère français? Aujourd'hui, parce que nous jouissons de grands avantages, devons-nous être disposés à traiter légèrement les questions pour lesquelles nos ancêtres ont souffert et lutté pendant des siècles; et quelles luttes et quelles souffrances, tant de l'âme que du corps, tant du cœur que de l'intelligence! Devons-nous couvrir du voile de l'oubli des questions méditées et élucidées par des hommes comme les L'Hospital, les d'Aguesseau, les Turgot; Turgot, ce digne ministre qui reçut de son maître le plus grand éloge qu'un homme d'Etat puisse recevoir : « Il n'y a que Turgot et moi, disait Louis XVI, qui aimions le peuple. » Belle et sincère parole, qui, si elle est le plus grand honneur que puisse recevoir un citoyen, et un ministre, est en même temps un bien touchant témoignage de l'incontestable bonté du plus innocent et du plus malheureux des rois.

Qu'on veuille bien nous pardonner ces souvenirs historiques qui pourraient paraître étrangers à notre sujet, mais qui, cependant lui appartiennent bien; car les pensées, les intérêts, les passions qui animaient nos ancêtres, au milieu du dix-huitième siècle, étaient assurément des signes précurseurs des grandes agitations et des grands événements, qui devaient plus tard soulever la France et l'Europe entière, en proie aux influences les plus diverses.

La question portée devant les états de Vitry, quelle que fût son importance et à cause de son importance même, n'y a point trouvé de solution immédiate. Les abus, auxquels le roi et les parlements voulaient porter remède, subsistèrent encore longtemps. Les esprits n'étaient pas suffisamment préparés ou éclairés, et il fallut quarante-cinq années d'expérience pour amener tous les intéressés à des transactions équitables arrêtées en principe et au milieu d'un accord parfait, dans la célèbre séance de l'Assemblée constituante du 4 août 1789.

Malheureusement, autre chose est de décider et d'exécuter. Les dissensions commencèrent lorsqu'on voulut appliquer la décision du 4 août : « Les peuples, dit M. Thiers, ne savent point rentrer avec modération dans l'exercice de leurs droits. »

Il y a véritablement lieu de s'étonner que les rares historiens qui se sont occupés des annales de la Champagne, aient complétement ignoré un événement qui a longtemps agité le pays, où des centaines de familles, qui ont encore aujourd'hui des représentants, ont joué un rôle actif, comme les Cappy, d'Athis; Clignet, de Reims; marquis de Dampierre, Gillet de Vitry, Gizaucourt de Rivat, Grossetête de Glannes, Haudos de Possesse, Jacobé de Couvrot et de Vienne; Marchand, d'Ay; Maupas, de Châlons; Souchet, de Damery; Nyel, Parchappe, Rétremant, Saint-Genis, de Saligny, de Wignacourt et tant d'autres.

Cette omission, involontaire sans doute, nous prouve suffisamment avec quelle légèreté certains auteurs publient l'histoire, en s'en rapportant trop souvent à ce que les autres ont dit antérieurement, tandis qu'il faut, au contraire, remonter aux sources, fouiller les archives et secouer les poudres des bibliothèques. En matière historique, on ne saurait trop se livrer à de patientes et à de scrupuleuses recherches.

C'est ce qu'a eu soin de faire M. Auguste Nicaise, à propos du livre qui nous occupe. D'après quelques indications, il a trouvé, dans quarante volumes de pièces, de notes, de manuscrits, dus à l'ancien président de l'élection d'Epernay, Bertin du Rocheret, le journal que Bertin lui-même destinait à l'impression et qu'il avait particulièrement rédigé avec soin, parce que lui-même avait pris une part très-active aux débats de l'assemblée, et qu'il y avait acquis un certain honneur et quelque gloire en défendant les droits de la province en même temps que ceux de l'équité.

Nous serions injuste envers notre temps, si nous hésitions à reconnaître que tout le monde n'est pas indifférent en face des vieux documents historiques. Des hommes studieux, savants, célèbres même, ont compris que l'histoire des assemblées et des administrations provinciales devait jeter une lumière plus puissante et quelquefois nouvelle sur l'histoire générale, et ils se sont plu à quitter les larges chemins depuis longtemps frayés de l'histoire générale pour fouiller profondément la province.

Ce ne sont pas seulement les provinciaux par devoir, par goût

ou par résignation, qui tentent d'exploiter les annales locales comme une mine inexplorée, les écrivains les plus autorisés en font aussi l'objet de leurs travaux.

M. L. de Lavergne, de l'Institut, a publié de 1861 à 1863, dans la *Revue des Deux-Mondes*, une grande et belle étude exclusivement consacrée aux assemblées provinciales en France avant 1789, et de cette longue étude faite au milieu des grands chemins de traverse, qu'on nous passe cette expression, il est arrivé à conclure que, dès 1789, les conquêtes légitimes étaient acquises, et que les terribles commotions qui ont suivi étaient sinon inévitables, assurément plus qu'inutiles, puisqu'elles n'ont fait que compromettre le développement régulier des institutions nouvelles.

La conclusion de M. Léonce de Lavergne est conforme à l'opinion de beaucoup d'historiens les plus estimés, et elle y ajoute une nouvelle force, parce qu'elle est le résultat de recherches qui n'avaient jamais été faites avec autant de soin et de scrupule, et que ces recherches ont été guidées et éclairées par le jugement sûr d'un historien qui vise toujours et qui touche souvent à l'impartialité.

Un autre écrivain, qui a su conquérir et conserver non-seulement l'illustration de l'esprit, mais encore, ce qui est beaucoup plus rare, la distinction qui dépend de la noblesse du cœur et de l'élévation du caractère, publiait, quelque temps avant de mourir, un beau livre sur l'ancien régime et la révolution, et il écrivait fort à propos ces mots, qui semblent tracés pour notre sujet : « Personne ne s'est donné la peine de considérer le dix-huitième siècle de près. Nous croyons très-bien connaître la société française de ce temps, mais nous n'en voyons que la surface ; quant à la manière dont se conduisaient les affaires, à la pratique vraie des institutions, à la position exacte des classes vis-à-vis les unes des autres, au fond même des opinions et des mœurs, nous n'en avons que des idées confuses et souvent fautives. »

L'ignorance relative dont se plaint ici M. de Tocqueville ne tarderait pas à disparaître, si nous avions pour toute la France des publications semblables à celles que nous devons aux éditeurs consciencieux du *Journal de Bertin du Rocheret;* nous posséderions enfin, sur les hommes de notre pays et sur les choses

d'une autre époque, des idées plus précises et une connaissance plus certaine de l'histoire. C'est un grand bonheur que de savoir non pas légèrement, mais exactement; car s'il y a quelque chose de pire que l'ignorance, c'est la fausse science. Cette science trompeuse peut bien satisfaire les indifférents, mais elle ne saurait convenir aux hommes d'étude sérieux, qui ont pour l'histoire une sorte de culte, et pour la vérité une religion.

Ch. GILLET.

De la richesse dans les sociétés chrétiennes, par M. CHARLES PERRIN, professeur de droit public et d'économie politique à l'Université de Louvain. Paris, Lecoffre, 2 vol. in-8°. Prix : 15 francs.

Voici un livre qui justifie une fois de plus la parole des Institutes : *Jurisprudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia*, puisque l'auteur nous montre en sa personne l'heureuse alliance de la jurisprudence proprement dite avec l'économie politique. Ces deux sciences sont sœurs en ce sens qu'elles doivent entrer dans le vif des choses et tendent également à des applications positives et immédiates; mais elles semblent avoir un point de départ et une méthode tout à fait différents : la première, à la recherche du juste et de l'injuste (*justi et injusti notitia*), cherche son inspiration plus haut et procède essentiellement par synthèse; la seconde, à la recherche de l'utile, a surtout les yeux fixés vers la terre et procède par analyse. M. Perrin emploie les deux méthodes; il examine et critique les résultats acquis par l'économie politique et les rapproche des lois éternelles de la Providence, telles que la religion catholique les précise et les enseigne. Il montre comment ces résultats et ces lois se concilient. C'est ainsi, par exemple, qu'il voit dans la loi du renoncement personnel, que le christianisme commande, une précieuse ressource pour l'épargne qui crée le capital, et dans la loi d'expansion, que l'épithète de catholique rappelle, une facilité de plus pour le développement des échanges et de la liberté commerciale. Une citation très-courte donnera une idée du livre. Après avoir analysé, en se défendant de l'exagération commune, la doctrine de Malthus, et après avoir critiqué la réponse trop optimiste de Bastiat, sans cacher sa sympathie pour le jeune économiste français enlevé trop tôt à

la science, M. Perrin nous dit : « En résumé, il est aussi impossible d'admettre que l'homme puisse croître indéfiniment en nombre comme en bien-être, qu'il est impossible de prétendre que la nature des choses ait mis à ses progrès une borne fatale, au delà de laquelle tout accroissement dans le nombre des hommes serait suivi nécessairement d'une rapide aggravation dans les maux qui pèsent sur la vie humaine. Toute la controverse qui avait pris pour point de départ ces deux propositions extrêmes, n'a laissé debout que cette vérité de fait et de bon sens : *L'humanité peut s'accroître indéfiniment mais toujours péniblement.* » Et ailleurs : « *Les progrès du travail agricole mènent le mouvement d'accroissement de la population, mais d'ordinaire ne le devancent point.* »

On voit que notre auteur ne se contente pas d'exposer et de *critiquer ;* il conclut, ce qui est le caractère du véritable enseignement. Sa polémique est pleine, non-seulement de bonne foi, mais encore de modération et de courtoisie. Il a l'ampleur et la clarté qu'exigent et que donnent les fonctions du professorat, et son style châtié, soutenu, prouve une fois de plus que notre langue française se retrouve avec toutes ses qualités ailleurs qu'à Paris. Ce livre, qui a éveillé les plus vives sympathies chez les lecteurs qui partagent les convictions de M. Perrin, sera lu jusqu'au bout avec intérêt par un adversaire de bonne foi et avec profit par tout le monde. Ne sont-ce pas les caractères d'un bon livre, d'un livre qui doit durer, et dont on peut dire qu'il honore une école autant qu'il contribue au progrès de la science? ANICET DIGARD.

Essai historique sur la législation d'Angleterre depuis les temps les plus reculés jusqu'au douzième siècle, par SPIRIDION ZÉZAS, docteur en droit, membre correspondant de l'Académie de législation. 1 vol. in-8; Paris, Durand, 1863. Prix : 7 francs.

L'auteur a déjà publié, en 1862, une étude sur l'histoire de la législation russe ; il continue aujourd'hui ses travaux sur les législations étrangères. Le livre que nous annonçons contient l'analyse des lois anglo-saxonnes et anglo-normandes, jusques et y compris celles du roi Henri Ier. A cette analyse sont jointes quelques notes contenant des rapprochements entre les lois des

Saxons et celles de quelques peuples anciens. L'auteur ne paraît avoir eu sous les yeux que les éditions de Wilkins, de Canciani, de Lindenbrog et de Thorpe; il ne paraît avoir connu ni les éditions de Schmid, ni les travaux déjà publiés sur le même sujet en Allemagne et en Angleterre, comme ceux de Kemble, de Phillips, de Konrad Maurer. Mais on ne doit pas oublier qu'il est Grec, que son ouvrage a été imprimé à Zante, et qu'à ce titre au moins il mérite d'être encouragé.

La folie devant les tribunaux, par M. le docteur Legrand du Saulle, médecin-expert près le tribunal civil de la Seine. 1 vol in-8; Paris, Durand ; Savy, 1864. Prix : 8 francs.

Toutes les législations ont reconnu l'incapacité civile et l'irresponsabilité criminelle des insensés, mais aucune n'a pu définir où commence et où finit la folie. La loi française elle-même emploie les mots d'imbécillité, de démence et de fureur, sans chercher à en fixer le sens. C'est en effet à la médecine légale qu'il appartient d'étudier, sinon de résoudre ces questions, et de réunir et de classer des faits qui pourront ensuite servir de points de repère aux experts et aux juges. En ce sens, l'ouvrage de M. Legrand du Saulle peut rendre des services. Il ne conclut guère, mais on ne saurait lui faire un reproche de sa prudence. La science du médecin aliéniste est née d'hier; plus que toute autre elle doit se méfier des généralisations précipitées, et, pendant longtemps encore, elle doit se résigner à observer. Il est aussi un mérite que nous devons signaler dans l'ouvrage de M. Legrand du Saulle : c'est que l'auteur sait parler la langue du droit et discuter, non-seulement les monuments de la jurisprudence, mais encore les textes législatifs et même ceux du droit romain. C'en est assez pour assurer à ce livre un bon accueil parmi les légistes.

LES COUTUMES DU VAL D'ORBEY.

I

Quand on se rend d'Alsace en Lorraine par le Bonhomme, on laisse sur la gauche de la route la vallée d'Orbey. Ses verdoyantes forêts, ses fertiles pâturages, ses lacs aux ondes variées, et surtout ses habitations pittoresquement éparpillées sur le flanc de la montagne, attirent les visiteurs et les touristes. Si aujourd'hui, grâce aux progrès de la viabilité, ils n'éprouvent plus que les fatigues de l'ascension, d'autres obstacles rendaient jadis quasi impénétrable ce petit Oberland vosgien. De quelque côté qu'on en essayât l'accès, soit de Munster ou de Lièvre, soit de Kaisersberg ou de Fraise, il fallait franchir, à travers des routes défectueuses et mal entretenues, la barre de rochers escarpés qui lui sert de ceinture. Cette fortification naturelle contre les invasions étrangères avait été, au moyen âge, complétée par l'érection de donjons aux deux points extrêmes de la vallée. Au nord, sur le sommet du Bonhomme, le Judenbourg menaçait la Lorraine, et au sud le Hohennack dominait la plaine de toute la hauteur du pic sur lequel il était perché. Maintenant il ne reste plus de ces moyens artificiels de défense qu'un souvenir et des ruines! Depuis des siècles, le Judenbourg a disparu, et Louis XIV a renversé le Hohennack.

II

Cette riante et féodale vallée forme aujourd'hui, dans le département du Haut-Rhin, le canton de La Poutroie. Avant la Révolution elle constituait l'un des sept bailliages de la maison de Ribeaupierre. Jusqu'au moment où elle entra dans le patrimoine de cette puissante famille, sa vie civile et politique se traîne dans les ornières obscures et générales de l'histoire.

Les Celtes, ses premiers habitants, furent, après les invasions du cinquième siècle, comprimés mais non anéantis par les conquérants germains; et le mélange des deux races se réfléchit, dans la langue et les mœurs actuelles, par un caractère

mixte où l'élément celtique prédomine cependant. Les religieux de Pairis développèrent dans cette vallée les bienfaits de la civilisation chrétienne ; et cette terre dut à sa situation géographique, qui en faisait un théâtre des luttes entre la France et l'Allemagne, l'alliance des instincts belliqueux aux habitudes pastorales et agricoles.

Vers le dixième siècle, elle comptait, sans qu'on sache comment, dans les domaines des comtes d'Eguisheim ; elle passa ensuite aux comtes de Ferette. Les archiducs d'Autriche, leurs héritiers, la donnèrent en 1277 en sous-fief aux sires de Ribeaupierre ; mais ces dynastes ne jouirent point paisiblement de sa totalité. Le château du Hohennack et ses dépendances leur furent disputés pendant plus d'un siècle par le prévôt de Colmar, les comtes de Saarwerden et de Lupfen, et ils n'en redevinrent définitivement maîtres, après beaucoup de luttes et d'efforts, qu'en 1438. Rattachée à ce moment au corps de la seigneurie de Ribeaupierre par de nouvelles lettres d'investiture, la vallée d'Orbey ne s'en sépara plus. Et elle advint, par le droit successoral des femmes, avec le reste du patrimoine, à la maison Palatine de Deux-Ponts le jour[1] où succomba le dernier descendant mâle des Ribeaupierre[2].

III

Devenus paisibles feudataires, les Ribeaupierre songent à substituer une loi certaine, fixe et inflexible, aux usages flottants, mal définis ou contestés qui régissent le val d'Orbey. Maximin II entreprend cette œuvre en 1513 ; Guillaume II en 1536 et Egenolphe III en 1564 la complètent et l'achèvent. Chacun de ces législateurs a dans l'histoire une physionomie qu'il faut rappeler en peu de mots.

Maximin II[3], après avoir été chambellan du duc de Bourgogne Charles le Téméraire, fut entraîné par son esprit aventureux à de lointains voyages en Palestine et en Egypte.

[1] Anno 1688.

[2] Schœpflin-Ravenez, t. IV, p. 286 et 287 ; t. V, p. 617 et 618. — Archives du Haut-Rhin, seigneurie de Ribeaupierre, E. 491, 498, 504, 506 et 827.

[3] Il mourut en 1515.

Brave et courtisan tout à la fois, Guillaume II[1] s'illustra sur les champs de bataille de l'Italie et de l'Alsace, et conquit au plus haut degré la faveur des empereurs Maximilien, Charles-Quint et Ferdinand.

Egenolphe III[2] est surtout connu pour sa participation aux luttes religieuses de son siècle et pour avoir, le premier de sa race, embrassé le protestantisme.

Le temps a respecté la législation manuscrite de ces trois dynastes. On conserve celle de Maximin II dans les archives de la ville de Ribeauvillé[3]; celle de Guillaume II et d'Egenolphe III dans les archives de la préfecture du Haut-Rhin[4]. Les deux plus anciens Coutumiers sont rédigés en allemand; le plus récent en français. A ce titre, le texte de 1564 est précieux, car on ne compte qu'un très-petit nombre de monuments du droit alsatique écrits en cette langue[5].

IV

Au moment où Maximin II rassembla les usages et les droits du val d'Orbey, l'élan pour la codification des coutumes était donné en France, et surtout en Allemagne. L'Alsace, plus avancée que la France, où l'on commençait à peine ce travail important, voyait déjà ses principales villes, et même quelques villages, pourvus de statuts officiels et de Weisthümer réguliers. Dans les deux pays on avait adopté, pour arriver au but, une marche très-différente.

En France, les délégués du tiers état, du clergé et de la noblesse, après examen et discussion des cahiers d'usages dressés par les assemblées locales, arrêtent un texte qui est converti en une loi définitive par l'approbation royale.

A Orbey, au contraire, on suit les errements germaniques[6]. Or, d'après ces errements consacrés successivement par les *lois*

[1] Il fut à la tête de la seigneurie de Ribeaupierre de 1515 à 1547.

[2] Il régna de 1547 à 1585.

[3] VIIIe série du classement Bernhardt.

[4] Bailliage d'Orbey, E, 2, ancien classement.

[5] Ainsi l'urbaire de la ville de Belfort, anno 1472. Ainsi, encore, les Coutumes du val de Lièvre, dressées en 1586 et approuvées seulement en 1662 par le duc Charles de Lorraine.

[6] Tacite, *De morib. Germ.*, c. 11 et 12.

barbares, les *Capitulaires* et le *Miroir de Souabe*[1], le peuple participe tout entier, et par lui-même, à la constatation ainsi qu'à la consécration de la loi[2]. Nous voyons, en effet, dans le préambule du Coutumier de 1513 l'universalité des habitants de la vallée conviés à se réunir au seigneur de Ribeaupierre pour noter les traditions, usages et droits du pays. Nous voyons dans l'article 28 du même Coutumier, non-seulement les anciens et nouveaux jurés, c'est-à-dire les mandataires légaux de la communauté, mais encore les membres actifs, les vieillards et les gens bien instruits du passé, prendre part à la délibération, adresser leur remontrance et formuler leur opinion personnelle. En un mot, c'est avec le concours du peuple d'Orbey qu'on recueille et qu'on arrête à la date précitée *Das alte herkommen*, qu'on dresse la charte constitutionnelle de la vallée.

V

Suivant un principe constant en Alsace, les droits, une fois convenus et acquis, ne pouvaient être changés, ni recevoir atteinte directement ou indirectement sans la participation de tous les intéressés, sans l'intervention simultanée du seigneur et de ses sujets[3]. Partout on maintenait cette règle avec un soin jaloux.

Notre Coutumier y déroge. En 1564, aussi bien qu'en 1536 et 1513, les Ribeaupierre se sont réservé le pouvoir de corriger, amplifier, diminuer et changer le statut *à eux seuls et en temps compétent*. A deux reprises ils en ont fait usage. Quel était

[1] L. salic., epilog.; — L. Bajuv., prolog. Decret. Tassilonis. — L. Allem., c. 41, § 3. — Edict. Childeberti II en 595. — IIIe capit. de 803, c. 19. — Edict. pistense de 864, c. 6. — L. Lomb. I, § 37, capit. Lotharii I, apud Walter, p. 643. — *Miroir de Souabe*, édition Matile, Ire partie, c. 7 et 134; IIe partie, c. 124.

[2] Exemples dans Schœpflin, Alsat. Dipl., n°s 252 et 310; — Trouillat, *Monuments de l'évêché de Bâle*, I, p. 145 et 167; — Leges Burchardi apud Walter, III, p. 775. — M. Hanauer, *les Paysans de l'Alsace au moyen âge* et *les Constitutions des campagnes de l'Alsace*. Je renverrai souvent le lecteur à ces deux ouvrages, qui, intéressants et très-riches en documents inédits, seront prochainement mis en vente à Paris, chez Durand, libraire.

[3] M. Véron-Réville, *Des anciennes juridictions d'Alsace*, p. 156. — M. Hanauer, *opp. citt.*, passim.

leur mobile et leur but? Etaient-ils inspirés, ainsi qu'ils l'allèguent, par une humble demande, par l'intérêt général de leurs vassaux? Cédaient-ils, au contraire, à leur bon plaisir et à leur intérêt particulier? La comparaison des textes revisés avec le texte primitif du Coutumier répand sur cette question une lumière complète.

Il importe de remarquer tout d'abord que la première réformation a eu lieu en 1536, au lendemain de la guerre des paysans et par Guillaume II, un de leurs heureux vainqueurs; que le pouvoir seigneurial, sorti triomphant de la lutte, par conséquent fortifié et agrandi, devait naturellement profiter de sa victoire.

On ne s'étonnera donc pas de voir — dans cette révision — la condition des tenanciers aggravée : par l'abolition des droits de chasse et de pêche, — la création d'un impôt seigneurial sur l'admission à la bourgeoisie, — des restrictions à la liberté de l'industrie, — l'introduction de nouvelles pénalités, — enfin la dispense pour les jurés de veiller au maintien du statut. Ces mesures furent le *væ victis* de la réformation.

D'autres en constituent le bienfait, et il y aurait injustice envers le pouvoir seigneurial à ne les point mettre en relief. Le Coutumier de 1513 avait classé au hasard les différentes matières dont il traitait. A ce désordre, ceux de 1536 et de 1564 substituèrent l'arrangement méthodique, correct et harmonieux. En même temps l'administration de la justice, le droit de propriété, les successions et le régime matrimonial reçurent des modifications sérieuses et des améliorations importantes. Ainsi, tout en rendant l'accès du juge en dehors des plaids banaux plus facile par l'introduction des brèves justices, on écarte les procès téméraires et abusifs par l'exigence de la caution *judicatum solvi*, même entre plaideurs indigènes. Ainsi la propriété privée, enserrée encore dans les principes de la communauté par une dépaissance absolue et le partage des fruits des arbres, se dégage peu à peu de ces lourdes entraves; elle s'individualise de plus en plus par le droit de clôture; elle prend une assiette plus solide par la prescription décennale. Ainsi, dans le régime successoral, l'élément romain achève de transformer l'élément germanique en faisant pénétrer la représentation dans la ligne collatérale. Enfin les intérêts pécuniaires des époux, mal définis et contestés jusqu'alors, obtiennent règlement et stabilité.

Voilà le double résultat de la comparaison du texte primitif avec les textes revisés du Coutumier d'Orbey. Voilà les innovations favorables ou hostiles à l'intérêt général. On me pardonnera de m'être arrêté si longtemps à cette constatation et à ces variations du droit, en songeant qu'elles sont des faits capitaux et qu'elles constituent la portion la plus notable de l'histoire civile de ce petit bailliage.

VI

Ces précisions faites, il ne reste plus qu'à rechercher le contenu du statut de 1564. Beaucoup de nos Coutumiers français sont plus détaillés et plus complets. Si abrégé que soit celui-ci, il offre cependant, dans un cadre restreint, une législation, qui répond aux principaux besoins de la vie civile et politique, et où chacune des branches importantes de la jurisprudence est représentée par des dispositions spéciales. Ainsi ont des règles :

Le *droit politique*, sur l'élection des principaux officiers de la communauté, l'admission à la bourgeoisie, l'émigration, la dévolution et le partage des amendes;

Le *droit administratif*, sur quelques attributions du prévôt, des jurés, du doyen, des banwards et du capitaine;

Le *droit civil*, sur les services fonciers, les successions, les donations, les contrats de mariage, les achats et ventes, la prescription et le retrait lignager;

La *procédure civile*, sur l'organisation et la compétence des tribunaux, les degrés de juridictions et les appels, la caution *judicatum solvi* et les saisies;

Le *droit pénal*, sur le jeu, l'ivresse, le blasphème, l'inobservation du dimanche, l'abandon du drapeau, les délits ruraux et forestiers, les contraventions de chasse et de pêche;

La *procédure criminelle*, sur la mise en liberté sous caution et la foi due aux déclarations d'un bourgeois.

Ajoutons que plusieurs des prescriptions concernant ces matières sont passées à cause de leur sagesse dans nos codes modernes, et qu'on trouve çà et là à côté du précepte impératif de la loi les notions et les conseils de la morale la plus élevée.

Ces mérites divers nous ont paru rendre digne d'attention le Coutumier du val d'Orbey, et nous ont déterminé à publier son texte inédit.

VII

Afin qu'on contrôle aisément les appréciations de mon travail, et surtout qu'on en comble les lacunes, j'ai placé la traduction du statut allemand de 1513 en regard du Coutumier français de 1564 : — j'ai marqué par des italiques entre crochets ce qui, à cette dernière date, a été ajouté au texte de 1536 : — j'ai consigné, dans des renvois spéciaux sous les articles correspondants, les variantes importantes que présentaient parfois entre eux les statuts de 1536 et de 1564 : — enfin, j'ai joint à ces Coutumiers quelques notes. Elles m'ont paru indispensables pour éclairer certaines obscurités du texte, et surtout pour marquer les origines et les progrès de la législation. L'étude des Coutumes n'est en effet profitable qu'autant qu'on rattache le présent au passé, qu'on compare les vieilles lois avec les institutions nouvelles, et qu'on met ainsi ses concitoyens en état d'apprécier les immenses bienfaits que leur procurent ces dernières [1].

TEXTE DE 1513.

(Traduction.)

Droit du Hohennach et du val d'Orbey, anciennes traditions, usages et bonnes coutumes renouvelés sur l'ordre de la seigneurie par les anciens et les nouveaux seize jurés en l'année 1513.

En l'an du Seigneur 1513, à la Conversion de saint Paul, — sur l'ordre de très-nobles Maximin et Guillaume de Ribeaupierre, — moi Jean Guillaume, schultheiss (prevôt) d'Urbeis et les seize jurés du val, — en présence de beaucoup de vieillards de la commune, convoqués et appelés à indiquer et reconnaître les vieilles habitudes, traditions, coutumes et pratiques du val, — nous les avons renouvelées et notées, en réservant toutefois à

TEXTE DE 1564.

Coutumier et statuts du val d'Orbey renouvelés l'an 1564.

Nous (1) Egenolphe (2), seigneur de Ribeaupierre, de Hohennach et de Gerolzegh on Vassichens (3), certifions et sçavoir faisons à tous par cette présente, que nous avons, en la remontrance de nos officiers et sujets de nostre seigneurie du val d'Orbey, renouvellez, corrigez, ratifiez, confirmez et approuvez tous les anciennes usances, droits, ordonnances et franchises que nos aymez predecesseurs et singulièrement nostre chère et aymé seigneur et grand père Guillaume, seigneur de Ribeaupierre, et Hohennach et

[1] M. Dupin, préface de la nouvelle édition de Guy Coquille.

Texte de 1513.

Nos Gracieux Seigneurs le droit de les diminuer, augmenter ou corriger à leur gré.

1. Notre susdite Gracieuse Seigneurie a et doit avoir à installer un schultheiss selon son bon plaisir. Ce prevôt portera le sceptre en place de Notre Grâce et présidera la justice.

4. Si l'un des seize meurt ou s'en va autrement, l'usage et la coutume est que les autres jurés choisissent trois hommes d'après leur conscience ; si parmi ces trois aucun ne plaît à la commune, celle-ci en désigne trois autres. Alors le schultheiss prend l'un de ces six, d'après sa conscience ; il l'investit et l'installe à la place du défunt pour une année. La nomination des appariteurs et des gardes champêtres se fait de la même manière.

2. Ce schultheiss sera obligé, d'après l'ancienne coutume, de te-

Texte de 1564.

de Geroltzegh on Vassichens, lesquels Dieu absolve, ont donnez en nostre seigneurie d'Orbey aux quatre baroches (4), sçavoir : Orbey, La Poutroye, Pagonzelle (5), et Frelan (6). Et par la teneur de ceste présente reneuvellement corrigeons, ratifions, confirmons et approuvons tous icelles anciennes usances, droits, ordonnances et franchises en la meilleure forme et manière que nous côme seigneur reignant de la seigneurie de Hohennach et val d'Orbey en faveur de justice doit ou peut appartenir en ceste sorte come s'ensuit : mais toutes fois reservons et retenons à nous, nos hoirs et successeurs, seigneurs de Ribeaupierre, de pouvoir changer, amoindérer, augmenter et corriger à tousjours, en temps compétant, iceux coutumes, ordonnances et statuts, selon nostre volonté.

PREMIÈREMENT

TOUCHANT LA JUSTICE.

Article première.

1. Item, suivant l'ancienne coutume, doit avoir au dit val d'Orbey un prévost (7), lequel nous pouvons faire et ordonner à nostre plaisir come principal officier du dit val, et avec lui seize officiers jurez (8), c'est à sçavoir, à chaque baroche, quatre pour faire et tenir droit et justice.

2. Item toute et quante fois que un des officiers du dit val décédera de la justice par mort ou autrement, les autres officiers peuvent et doivent eslire selon leurs bons advis trois hommes du commun pour en choisir un autre au lieu du défaillant, et sy ses dits trois ne plaisaient à la commune, icelle commune en peut eslire (9) trois autres ; adonc le dit prevost, comme chef de la justice, peut prendre et eslire, selon son advis et bonne oppinion, un des six esleus ainsy par les officiers au lieu du déffaillant pour un an.

3. En pareille manière, ordonnons en faire (10) des doyens (11) et banvards (12).

4. Item le dit nostre prévost, ainsy de par nous mis et ordonné,

Texte de 1513.

nir quatre plaids bandaux par an, à savoir : aux Quatre-Temps et pendant les Quatre-Temps. Ces plaids seront annoncés quinze jours à l'avance dans chaque paroisse, pour que ceux qui ont affaire à la justice en soient prévenus. A chaque plaid et en chaque lieu, le schultheiss doit un présent aux juges, à savoir : un denier.

5. Les délits qui appartiennent à la Seigneurie sont de 15 sous, 25 sous et 10 livres, qui, en monnaie de Rappen, valent 50 sous.

3. Dans ces plaids, les petites amendes appartiennent au schultheiss ; celles pour gros délits, à la Seigneurie.

6. Les seize jurés ont aussi d'ancienneté le droit de faire des défenses dans la commune, pour des choses de peu d'importance, sous la peine de 12 sous, de 2 sous et même de 5 sous. Cet argent revient aux jurés, qui devront l'utiliser dans l'intérêt de toute la commune.

Texte de 1564.

est et doit estre contraint et attenuz, selon leurs anciennes coutumes, de tenir les plaids bannaux (13) quatre fois l'année ; c'est à sçavoir, à chacun lieu des dites paroches une fois et en temps compétant (14), convenable. Et doit quinze jours devant les plaids faire proclamer en chacune église du dit Val, afin d'advertir ceux qui y auraient à faire pourtant sy sçavoir conduire. Et iceluy prevost devra à chacun jour des dits plaids un disner (15) à la justice.

5. Toutes fois nonobstant les dits plaids bannaux doit nostre prevost à chacun, qui voudra se complaindre entre iceux plaids, ne refuser de lui tenir et faire bonne et brebve expédition et justice (16).

6. Item toutes hautes et grandes amandes que montent plus de cinq sols come quinze ou vingt cinq sols et dix livres que vaellent de bonne monnaie cinquante sols qui écheent es dits plaids ou autrement par quelques désobéissance d'aucuns mandemens ou commandemens ou d'autre part en manière que ce soit, icelles amandes nous doivent appartenir et compéter, et les petites amandes qui eschoyent montant desoubs cinq sols jusque à cinq sols doivent et peuvent appartenir au profit du bien comun du dit Val (17).

7. Item les dits seize officiers du dit Val selon leurs coutumes anciennes doivent avoir ceste liberté de faire commandement au commun, sans licence du dit prévost, de douze deniers deux sols jusques à cinq sols au plus haut, s'il était de nécessité pour quelques fautes et désobéissance que le peuple peut faire.

8. Item pour ce que sont plusieurs qui veullent plaidoyer et ne peuvent les hostes estre payez des despens de la justice, nous voulons et ordonnons que celuy qui voudra plaidoyer doit donner et mettre premier que il comence le plaid une some d'argent, ainsi qu'elle sera trouvée par la justice ; et, après l'adjournement des parties, sy aucune d'elle cependant faisaient accord, doit-elle néanmoins estre tenue en payer les despens avec le dit argent (18).

Texte de 1513.

21. Pour les affaires jugées dans le val à Urbeis (Orbey), Zell (le Baroche) et Urbach (Fréland), on peut porter appel d'abord devant les quatre jurés et le schultheiss à Schnerlach (la Poutroye), ensuite devant les seize jurés du val, et de là devant Notre Gracieux Seigneur de Ribeaupierre, à Ribeauvillé : telle a été jusqu'ici la coutume et la tradition. On n'a pas songé à pousser l'appel plus loin.

22. Pour une affaire jugée et terminée dans le val, après enquête et discussion régulières, on ne permettait pas d'appel. Cependant si la partie vaincue avait commis quelque négligence ou omissions, elle pourrait obtenir une révision du procès en payant une amende de 60 sous, ou 15 sous Rappen ; mais cette révision ne se fera qu'une fois.

26. Il est d'usage et tradition que les seize jurés du val, quand ils ont eu besoin de se réunir pour quelque affaire, s'assemblent à la Poutroye, à moins que l'autorité, l'avoué ou le schultheiss ne leur indique un autre lieu.

13. Un bourgeois lié par serment à la Seigneurie ou au schultheiss, qu'il soit issu du val ou d'ailleurs, a la franchise, d'après l'usage, de quitter la Seigneurie et le bailliage quand il lui plaît, après avoir satisfait au curé, à la Seigneurie et aux habitants auxquels il devrait quelque chose. Il peut aussi revenir ; et il sera reçu, s'il est libre d'engagement avec un autre seigneur quelconque et d'affaire qui pourrait entraîner la Seigneurie ou le schultheiss dans des désagréments.

Texte de 1564.

9. Item tous plaids et querrelles desduits et menez par justice au dit Val desquels on peut appeler ont leur recours et appellation. Premièrement devant les quatre officiers de la Poutroye ensemble le dit prevost. Secondement devant les seize du dit Val estant en justice au lieu de la Poutroye, et tiercement devant nous (19), comme la superiorité, [*ou dans les procès entre nos sujets se doivent finir et point estre appellez plus avant selon les droits impériaux*].

10. Item en une cause plaidoyée, desduite et menée par justice en laquelle témoignage prins et avoir ony suffisamment tout ce qui estoit consonnant et nécessaire ny doit avoir nul traict et appellation (20), mais sy la partie decheutte, sçavoir aucunement avoir redargez (21) se peut recourir et faire nouvelle plaid en donnant premier pour amande soixante sols que vallent quinze sols de Rappes et lui doit estre octroyé seulement une fois et non plus.

11. Item que quand les dits officiers et jurez ont necessitez pour quelques affaires d'estre ensemble, icelle asemblée d'eux se doit faire au lieu de la Poutroye, selon l'ancienne coutume et usage, sy donc n'estait qu'ils eusent autre commandement de nous, nos chatelain (22) ou prevost.

Touchant les bourgeois qui veullent despartir hors du dit Val et ceux qui se veullent faire bourgeois.

12. Item nous voulons que un chacun de nos bourgeois du dit Val et de nostre prevosté doit jurer et faire serment à nous, ou en la main de nostre prevost, présente la justice du dit lieu, d'estre bon et loyal bourgeois et sujet. Et sy aucun des dits bourgeois se voulait départir de nous et de notre dite prevosté (ce qu'il peut faire tout et quante fois qu'il lui plaira), il doit premierement en soy quittance de nous de son serment de bourgeois (23), satisfaire honnestement à l'église (24), à nous (25), et à tous autres de nos habitants et sujets, sy aucuns ils doivent quelques choses. Mais après

Texte de 1513.

14. Tout étranger qui veut s'établir dans la Seigneurie et le bailliage, sera reçu dans les mêmes conditions, à savoir : qu'il n'est engagé envers aucune autre Seigneurie, et qu'il n'a sur le dos aucune affaire. Il prêtera serment en présence de la justice.

27. Ils ont aussi l'usage et la coutume d'élire un capitaine. Celui-ci jure ensuite au schultheiss d'être bon, juste et loyal; la communauté lui jure aussi obéissance et soumission convenable : on en fait autant pour le porte-drapeau. Quatre hommes élus par les quatre paroisses et agréés par le capitaine, jurent au banneret de rester avec lui, de défendre honnêtement et loyalement la bannière partout et contre tous, sans céder ni fuir, sous peine de mort.

Texte de 1564.

son departement, iceluy a cette authorité et puissance d'y retourner quand il luy plaira et se refaire bourgeois, lequel devra estre receu, par ainsy qu'il soit departy, manifestement, et sans reproche, et qu'il soit franc, quitte, et libre de tous autres seigneurs, pareillement qu'il n'aye nulle cause, plaids ou debat entamez, pourquoy nostre dit prevost ou nos officiers en puissent estre empeschez ou molestez.

13. Item un deforain ou estranger qui désirera et voudra demeurer dessouz nous, en nostre dite seigneurie, doit estre receu par manière et condition devant dite (26), à sçavoir, d'estre franc et quitte d'autres seigneuries et tous différants, et faire le serment en la main du prevost, en présence de la justice, tel que on luy peut attraire et nommer, et aussi que tout premierement il paye un franc de Lorraine, sçavoir au prevost six gros et à la justice les six autres.

Touchant la capitenerie.

14. Item ordonnons que nos dits sujets du Val peuvent et doivent, selon leurs anciennes coutumes et usances, eslire un capitaine pour tout le Val, lequel ils nous doivent tout premièrement présenter, et après iceluy doit jurer et faire serment à nostre dit prevost en lieu de nous, d'estre vertueux, prud, juste et féal à nous et à nostre dit Val. Auquel capitaine le commun peuple doit aussy faire serment de lui estre obéissant selon droit et raison. Et semblablement peut-on faire d'un bannerot auquel doivent jurer quatre hommes de chacune baroche eslis et receu par ce capitaine d'estre juste et loyaux, suivant la bannière, partout et envers tous qui voudront estre contre nous eux, sans fuyr ny vancher, sur peine de perdre la vie.

Touchant la vie d'un bon chrestien (27).

15. Item pour autant que grand outrage et mal est venus et procedé aucunne fois, et en viennent encor

Texte de 1513.

Texte de 1564.

journellement de trop boire et bringuer (28) que ne servent à autre chose, sinon à perdition de corps et ames, nous voulons que tels outrages et mal de cette superfluité ne doit point estre impunis. Nous ordonnons, sy, doresnavant et au temps advenir, aucun s'enyvrait tellement qu'il fit quelques noise, débat ou qu'il dit des injures ou vilainies à quelquun, ou fit autres mechancetez, et après qu'ils se veulent excuser en disant qu'il avait esté yvre, son excuse ne doit estre valable, et le doit-on mener au lieu de Hohennach et estre en prison trois jours et trois nuits en pain et eaux.

16. Item quel grand mal que procede hors de la Joüerie n'est à personne inconnu, pour autant deffendons les jeux (29) quels qu'ils soient à tous et chacun, tant enfans que serviteurs, comme à nos bourgeois du dit Val, de ne point jouer iceux jeux, soit de nuit ou de jour, — mais, pour cause de recreation, les dits bourgeois peuvent aucunement jouer quelques jeux honnestes pour quelque petit argent et par ainsy que ce soit de jour et non pas de nuit, sans licence de la justice,— sur peine de dix sols d'amande, et l'hoste qui les soutiendrait de nuit jouer ainsy sans licence de justice doit payer l'amande double.

17. Item touchant ceux qui blasphement et jurent sy très-énormement le sang, la mort, les plaies et passion de nostre benoît Sauveur Jesus Christ, par lesquels blasphemateurs ne serait pas merveille que Dieu punit et chatie les bons avec les mauvais, sur ce commandons et voulons que l'on meine tous ceux qui feront tels blasphemes et injures à Dieu, au lieu de Hohennach, à estre chatié à nostre plaisir et volonté (30).

18. Item aussy pour ce qu'il y a plusieurs qui n'ont crainte de Dieu et ne font festes ne dimanches, mais vont au marché come un autre jour, nous ordonnons que personne quel qu'il soit ne frequentassent les dits jour de festes et dimanches statuez par la sainte Eglise avec marchandises ou autres choses, soit

Texte de 1513.

7. Les hautes forêts et les eaux appartiennent à la Seigneurie. Quand il y a glandée, la Seigneurie peut en profiter. Les habitants et la communauté du val jouissent de la faculté usagère d'envoyer dans les forêts autant de porcs qu'il en faut à chacun pour sa maison; ils peuvent aussi faire des parcs et des clos pour y mettre leurs bêtes jour et nuit.

8. La communauté du susdit val jouit aussi de la coutume et franchise de pêcher dans l'eau, avec la main, aux endroits où l'on ne peut pas détourner les eaux; mais on ne peut employer ni filet, ni un autre instrument. Cependant ceux qui ont leurs femmes en couche, ou des malades, peuvent aller chez celui qui a loué la pêche de la Seigneurie, et lui demander la permission de pêcher pour ces personnes. Le fermier la leur accordera, à condition que cela se fasse sans fraude.

9. Celui qui serait trouvé de jour par un appariteur ou un garde champêtre faisant du mal dans les eaux et les forêts mis en défends, payerait 25 sous pour ce délit; 20 sous reviennent à la Seigneurie, et 5 sous à la justice pour l'utilité commune.

10. De nuit, il paye 10 livres ou 50 sous Rappen. Un juré ou un fonctionnaire paye 10 livres s'il commet ce délit de jour.

Texte de 1564.

au marché ou autre part, sans cause légitime, et commandons tenir et observer icelles festes et dimanches selon l'ancienne coustume et nos ordonnances et statuts que nous avons fait hautement publier, comme l'on trouvera sur tous ces dits articles, sur peine de deux francs (31).

Touchant les hauts bois et eaux du dit Val.

19. Item en nos hauts bois (32) du dit Val ont les dits nos bourgeois et sujets ceste franchise et liberté de mettre dedans iceux des porcs, à sçavoir chacuns sujets pour le fruit de sa maison seulement, et non plus, et faire parc et logis des dits bois pour héberger et entretenir jour et nuit les dits porcs (33) : [*toutefois nos sujets nous le doivent tousjours premierement donner à connaistre et entendre.*]

20. Item nous deffendons (34) toutes eaux du dit Val de pescherie et voulons que nul quel il soit ny pesche soit au sentir de la main sans filet ny autre engins tant en lieu que l'on ne peut faire tanches (35), comme autrement, sans nostre licence ou le consentement des admodiateurs dicelles eaux.

21. Par celui malfaisant èsdits bois et rivières que sont de garde, s'il est trouvé, par officiers, doyen, ou banvard, de jour, doit l'amende de vingt-cinq sols, des quels vingt-cinq sols, nous appartiennent vingt sols, et les autres cinq sols à la justice pour le bien commun; et quand quelqu'un sera trouvé de nuit, iceluy doit payer l'amende de cinq livres de Rappes; et sy cas estoit que le mefaisant fut un officier ou juré il devra tousjours le double d'amande (36), à sçavoir de jour deux livres et demy, et de nuit dix livres de Rappes.

Texte de 1513.

11. Les habitants du val ont aussi l'usage, la coutume et la franchise sur tout le gibier, sauf les cerfs, les chevreuils et les biches. La chasse de ces animaux leur est défendue aussi sévèrement que la Seigneurie le peut faire.

12. Lorsque les habitants du val chassent le gibier qui leur est permis et sur lequel ils ont droit, quand ils le lèvent dans la Seigneurie, ils peuvent le chasser et le poursuivre hors du val, partout, et si les bêtes qu'ils ont lancées tombent quelque part dans une corde, un filet, une fosse ou dans un autre piége, ils peuvent les prendre, à condition d'en remettre une patte ou 4 deniers en place.

Texte de 1564.

Touchant la chasse pareillement (37), *aucunes franchisses et ordonnances des dits bourgeois.*

22. Item, quant à la chasse des bestes sauvages, nous ordonnons come s'ensuit : C'est à sçavoir que nos dits sujets ont ceste franchise de chasser porcs, sangliers grands et petits par ce moyen qu'ils nous ou nostre chastelain de Hohennach en advertissent et denoncent premierement à chacunne fois, et de chacuns porc ainsy pris nous doivent donner et envoyer, pour nostre droiture, la teste coupée selon le bout des oreilles, et aussy la droite jambe de devant avec trois costes, et sy daventure en chassant ainsy les dits porcs ou autrement ils prennaient cerfs, chevreux ou biches, les nous doivent envoyer tout entiers en vuidant seulement les tripes dehors, et sy les cerfs estoient gras, y doivent laisser la dite graisse dedans. [*Toutes fois nos dits sujets se doivent detenir des bois que nous leur deffenderons quant ils voudront chasser.*]

23. Item les dits sujets peuvent chasser ours, loups et renards, sans notre licence, quant il leur plaira, et s'ils prennent un ours, nous doivent envoyer la teste bien long coupée et les quatre pieds pour nostre doiture, mais les loups et renards sont à eux.

24. Item nous voulons que quant nos sujets du dit Val prendront quelque luxe ou martres qu'ils nous les doivent envoyer. C'est à sçavoir le luxe tout entière en vuidant les trippes dehors et les peaux des martres; a l'encontre devons payer à eux nommément vingt quatre gros d'un luxe, d'un gentil martre à col jaune douze gros et d'un autre martre à col blanc six gros, [*et ne doit aucun chercher les tendues d'un autres, ne luy prendre ou desrober les martres, sur peine nous reservant contre iceluy*].

25. Item nos chatelain, prevost et capitaine dudit Val come principaux officiers peuvent par raison et doivent chasser les lievres. Mais il ne doit pas etre consenti à la commune.

Texte de 1513.

25. Les habitants du val ont eu l'habitude et la franchise de ne donner pour pain et vin, ni umgelt, ni mauvais denier.

35. Les habitants du val peuvent aussi, tous les ans, enclore chacun environ une fauchée de prés dans le voisinage de leurs maisons, à condition toutefois que cette fauchée soit en dehors du parcours habituel des bêtes.

36. Lorsqu'ils ont des bêtes qu'ils élèvent dans leurs écuries ou leurs maisons, ils peuvent les envoyer sur tous les pâturages, à condition de les rentrer le soir dans leurs maisons ou leurs granges.

33. Celui qui n'envoie pas ses bêtes avec le troupeau commun, doit les faire passer de sa maison dans sa grange avant la Chandeleur; si on les trouvait plus tard sur le pâturage commun, le propriétaire des bestiaux serait condamné à payer à la commune la taille de la Saint-George.

Texte de 1564.

26. Item nous deffendons tous gentils oyseaux vieux et jeunes, à sçavoir, come faulcons, vautours, espreviers, les faisans bruyans et les gelines sauvages de nous les prendre sans nostre licence et consentement.

27. Item [*lesdits habitans du Val chassant ainsy des porcs sauvages par la connaissance de nous ou de nostre chastelain de Hohennach come devant est dit*], quant ils levent la chasse au dit val, ils peuvent et doivent, selon nos privileges, chasser telle sauvage hors du dit val et poursuivre partout; et s'il advenait que la beste par eux chassée tombât en quelques filets, cordes, fosses, ou autrement, ainsy qu'elle fut prinse, les dits chassans doivent prendre leur proie en laissant un pied de la beste en filets ou cordes, ou bien quatre deniers.

28. Item les dits habitans ont et doivent avoir cette franchise, selon l'ancienne coutume, sur pain et sur vin, de point donner ou payer de gabelle (38) ou mauvais deniers.

29. Item ils doivent clore et fermer toute l'année une faulcye de prez ou environ au plus près de leur maison (39), par ainsy que iceluy prez soit hors des issues et passée de toutes bestes.

30. Item ceux qui ont bestail en leurs granges ou maisons les peuvent faire aller en tous pasturages par ainsy qu'ils retournent le soir en leur maisons et granges.

31. Item le bestail d'une grange de celuy qu'il ne plaît les chasser avec les bestes de la commune, les doit oster hors de la maison et mettre en sa grange devant les chandelier (40), car s'il est trouvé plus avant au pasturage de la dite commune, il devra la taille de la Saint-George à la commune (41).

32. Item touchant les chèvres que le commun peuples voudrait faire aller à la commune pasturer

Texte de 1513.

16. Si un bourgeois se permettait quelque acte de mépris ou de méchanceté qui ne fût cependant pas criminel, et si le coupable avait quatre bons bourgeois pour cautions qui voulussent répondre pour lui à toute réquisition, le schultheiss acceptera ces cautions sans autre punition et sans prison, à moins qu'il ne fût résolu par la Seigneurie, le schultheiss et le juré, d'imposer la peine légale : telle a été jusqu'ici la coutume.

17. Lorsqu'un malfaiteur est mis en prison ou dans les fers pour un menu délit par le schultheiss ou la justice, il doit à l'appariteur 15 deniers de Rappen.

Texte de 1564.

come a esté par devant, sy ordonnons et voulons que celuy qui ne soutient point de vaches peut et doit avoir deux ou trois chèvres seulement, et non plus (42), pour nourrir ses enfants, et les doit aussy pasturer aux lieux ordonnez par la justice.

33. Item pour autant que plusieurs veulent avoir et tenir aucun hayes et hagis pour leurs propres héritages, commandons et voulons que a personne soit octroyé ne consenti de tenir ny empescher aucunne haye ou hagis, s'il ne montre par avant par tesmoins suffisans ou autrement que ce soit son propre héritage, ou qu'il nous en paye de ce rentes ou cens (43).

34. Item touchant les arbres come poiriers, pommiers et serisiers, ou de quelle sorte de fruits qu'ils soient, que sont sur l'héritage d'aucuns habitans du dit Val, desquels en viennent et sortent grandes querelles en cueillant et partageant les fruits des dits arbres, c'est que nous ordonnons et voulons que les susdits arbres doresnavant doivent appartenir avec tous les fruits seulement à celuy à qui appartient la terre et point à autres personnes (44), toutesfois par ainsy et ce moyennant que iceluy se doit tout premièrement admiablement ou par estime de personne ordonnée appointer avec ceux qui avaient eu droit aux dits arbres.

35. Item sy aucun bourgeois a vait fait ou offencé aucun forfait sans toucher en cas criminel et le dit offenceur peut trouver quatre bonnes seurtez pour respondre en justice tout et quant fois qu'il en sera requis, notre prevost doit et peut accepter et prendre les quatre pour seurtez sans mettre iceluy offenceur en fosse ni prison de Hohennach (45), sy donc n'estait trouvez par nous, notre dit prevot, et justice du dit Val, de chastier avec ce le dit offenceur.

36. Item sy aucun malfaiteurs ou offenceur en petit cas et pour petite chose est mis en sappe ou fers par le prevost et justice, il doit au doyen du lieu quinze deniers de Rappes.

Texte de 1513.

15. Si dans la maison d'un bourgeois ou d'un manant il se commet quelque mal par maladresse ou par méchanceté, comme rixe, injures, atteintes à l'honneur, coups, vol, rapt ou autre chose, contre ce bourgeois, sa femme, ses filles, ses fils, ses serviteurs, ses servantes, sa maison ou ses biens ; et si ce bourgeois porte plainte, on doit accepter sa plainte sans autre témoignage que le sien.

34. Tout habitant peut être aubergiste, boucher ou boulanger, et jouir des autres franchises ; il peut émigrer, si cela lui plaît. Les jurés de chaque endroit doivent veiller au maintien de ces droits.

18. Quant aux achats et ventes dans le val, et en particulier aux échanges et contre-échanges, tout doit se passer honnêtement, loyalement, régulièrement et justement, sans tromperie, déception, détournement et déshéritance d'aucune espèce, sous peine et amende de 10 livres de la susdite monnaie.

19. Tous les achats et ventes doivent être publiés et proclamés pendant trois dimanches consécutifs. Pendant ce délai, les héritiers du vendeur ont la faculté et le pouvoir de contredire la vente et l'achat. Après le troisième dimanche, le mardi au plus tard, l'héritier qui veut contredire et manifester sa pensée, peut accepter l'achat ou tout autre marché, pour la même somme, avec les mêmes termes de payement, sans aucune différence, aux conditions qui avaient été arrêtées entre le vendeur et l'acheteur précédent. Cependant il rembourse à l'acheteur précédent son pot-de-vin, qui doit être de deux pots et pas davantage.

Texte de 1564.

37. Item pour l'amour de mauvais garçons, pilleurs et coureurs de pays (46), pourtant que les maisons des bourgeois du dit Val sont loin l'une de l'autre, Nous ordonnons que sy au temps advenir aucuns de ces dits non connus et qu'il ne fut point bourgeois du dit Val faisait aucune dicension, noise et débat, injures, vilainies, deshoneur, baterie, ou roberie, ou quelques autres choses à aucuns de nos bourgeois, que iceluy en face plaintif contre les dits malfaiteurs, il doit estre creu à la seule parole sans autres témoins (47).

38. Item Nous voulons et Ordonnons que la justice du dit Val fassent et mettent des boucheries ainsy et autant qu'ils verront estre de nécessaire, et non pas que chacun bourgeois peuvent et doivent estre boucher (48).

Touchant les vendages et acquest.

39. Item tous les contrats soit vendages ou achapts qui se font au dit val d'Orbey, et principalement de change ou contrechange d'héritage, se doivent faire justement, bonnement et léalement sans tromperie, déceptions, ne desheritance quelconques (49), sur peine et amande de dix livres (50).

40. Item tous vendages et achapts ont cri par trois dimanches en suivant l'un après l'autre, et pendant iceluy terme les hoirs du dit vendeur peuvent et ont puissance de contredire le dit achapt et vendage entre les dits trois dimanches ou au plus tard le mardy après le troisième dimanche. Et peuvent retenir (51) celuy achapt et vendage a tel marché et terme de payement, condition, et manière que ledit achepteur et vendeur ont été fait et traicté par ensemble parmy payant le vin au premier achepteur que montent à deux quartes de vin (52).

Texte de 1513.

20. Les gages doivent être publiés et proclamés pendant quatre dimanches consécutifs : trois fois à l'église, et une fois hors de l'église, aux lieux fixés par l'usage et la coutume. Si personne ne le réclame, le gage, immeuble ou meuble, demeure en la possession de celui qui l'a pris et fait publier. Celui auquel on l'a enlevé peut, s'il y tient, le dégager pendant le délai de ces proclamations.

23. Après la mort du père et de la mère, les enfants se partagent leurs biens par portions égales. Les enfants mariés et dotés peuvent se contenter de leur dot et renoncer à l'héritage. Lorsqu'ils ne veulent pas s'en contenter et renoncer à leur part, on défalque d'abord de la succession le montant de leur dot.

32. Deux époux sans enfants peuvent se faire des donations viagères.

30. Ils ont aussi usage, coutume et franchise, que toute donation

Texte de 1564.

41. Item nous Voulons et ordonnons que, aux achapts et eschanges tenus l'espace de dix ans paisiblement et sans empeschement d'aucunes personnes, ny doit plus avoir recours (53), [*ce cas n'estait que ce fussent des pupilles ou enfans, ou femmes non mainbournées qui seraient esté trompez de la moitié du dit achapt ou eschange* (54)].

42. Item toutes Gagiers se doivent deheucher et estre criez par quatre dimanches ensuivant l'un après l'autre, c'est à sçavoir trois en l'église et un dehors en lieu convenable à ce faire, selon l'uz et coutumes du dit Val. Et s'il n'y a contredit, il la doit faire deheucher encore trois autres dimanches en l'église, et sy personne ny contredit encore à donc celuy héritage ou bien, demeure a iceluy qui la fait deheucher et proclamer pour gaiges pour en faire à son bon plaisir come autre son bien (55).

Touchant les héritances (56).

43. Item — Après le trespas de deux personnes qui delaisseront des propres enfans en vie estant par eux procréez en loyauté de mariage (57), iceux enfans doivent par ensemble conjointement hériter et également partager tous les biens de leur père et mère (58), et sy aucuns diceux avait reçu au vivant des dits père et mère quelques biens d'eux en mariage, iceluy attendre d'entrer en partage de l'héritance jusque à ce que les freres et sœurs auront autant prins qu'il a eu, et doivent les anciens qui ont plus d'un enfant prendre garde quant aux biens qu'ils donneront à iceux enfans en mariage de les partir entre eux également, afin qu'après leur mort les dits enfans puissent conjointement avoir l'un autant comme l'autre (59).

44. Item homme et femme en léale mariage qui n'ont point d'enfans peuvent faire donnation ensemble pour leur vivant tant seulement et icelle doit estre en vigueur et valeur, selon les anciennes coutumes et franchises (60).

45. Item toutes les donnations ainsy faites en mariage doivent

Texte de 1513.

faite en vue du mariage est valable et pleine de force.

28. Les habitants du val et la majorité de la justice et de la communauté prétendent que tous les anciens immeubles et les anciennes acquisitions, après la mort des parties, retournent aux héritiers de la partie de laquelle ils proviennent. Exemple : un homme et une femme ont des enfants pendant leur union ; le mari meurt, les enfants héritent ; ceux-ci meurent avant la mère ; celle-ci hérite de ses enfants. Après le décès de la mère, les biens, apports ou acquêts, reviennent aux plus proches héritiers de celui dont ils proviennent. Sur ce point, le schultheiss, Menge Uff der Bruecken, Menge Wannessen, Antheage von Lanugen, Rode et Claude son fils, prétendent que les plus proches héritiers ne doivent prendre que les apports, et non les biens achetés ou acquis. Les habitants et sujets du val demandent l'avis et la décision de Votre Grâce.

29. Lorsque deux époux ont des enfants et que l'un d'eux meurt, le survivant doit avoir la jouissance viagère de son héritage tant qu'il ne se remarie pas. Après son décès, s'il n'y a point d'enfant en vie, les biens sont partagés et retournent au côté d'où ils viennent, à moins que les conjoints n'aient fait ensemble quelque contrat valide.

24. Les petits-enfants héritent du grand-père et de la grand'mère, avec les héritiers directs, à la place de leur père ou de leur mère décédés.

Texte de 1564.

avoir forces et vertu, et sont de bonne valeur selon les anciennes usages et coutumes (61).

46. Item (62) après le trespas de l'une des deux personnes alliées en loyal mariage, qui ont enfans par ensemble, le survivant doit tenir tous les biens d'iceluy trespassez, son vivant tant seulement, et par ainsy que point ne se remarie, et qu'elle tienne en bon estat les enfans comme il appartient. Et si c'estait la volonté divine que les dits enfants tant qu'ils seront plusieurs ou un allassent aussy de vie à trespas avant le conjoint survivant soit le père ou la mère, iceluy (63) doit heriter tous les acquest qu'ils auraient faits ensemble et aussi tous les biens meubles pour tousjours, mais les anciens heritages sa vie durant tant seulement. Ains après la mort du dit survivant, iceux anciens héritages doivent retourner à l'ancienne lignée dont ils sont venuz et procedez.

47. Item, suivant le trespassement d'homme et feme en léalle mariage que n'ont point d'enfans ensemble, tous les biens d'un chacuns retournent au plus prochains héritiers, sy n'en avaient fait donnation par ensemble fut-ce de valeur (64).

48. Item enfans d'enfans doivent hériter en lieu de leur père et mère, les propres enfans comme avec leur oncles et tantes du premier degré en branches et non pas en teste, c'est-à-dire, s'ils sont un ou plusieurs enfans d'enfans, ils font seulement une partie come fait un de leurs dits oncles, selon le commun droit escrit et le département de l'Empire publié en la journée de Vorms.

49. Item tous enfans d'enfan nommez cousins germains doiven

Texte de 1513.

31. Toute donation devant l'église doit se faire en présence du schultheiss et des jurés de l'endroit, d'après la coutume: ainsi elle est valide. Ils ont la franchise de disposer de leurs biens en faveur de bâtards, serviteurs ou autres.

Texte de 1564.

hériter ensemble en égal portion en teste et non pas en branche, c'est-à-dire, que l'un doit autant prendre que l'autre (65).

50. Item toutes les donnations faites devant l'église, selon les uses et coustumes (66), se doivent faire par devant le prevost et justice du dit lieu (67), et sont de bonne valeur. Et ont nos dits sujets puissance et franchise de donner leurs biens à qui leur plaira (68), [*toutes fois par ainsy qu'ils n'ayent point d'héritiers ne appartenance aucunement*].

Sur ce Nous (69) Egenolph, seigneur de Ribeaupierre devant nommé, Mandons et commandons à nos chatelain de Hohennach, prevost d'Orbey, singulièrement présent et advenir, pareillement à tous nos bourgeois sujets et habitans de nostre val d'Orbey et à un chacun d'iceux de garder, observer, et tenir ferme et stable, les devant escrites anciennes coutumes, usages, nos ordonnances et statuts renouvellez, et diligemment obéyr à icelle sans aller faire ou dire au contraire en manière que ce soit, — sy donc n'estoit que Nous, nos hoirs et successeurs seigneurs de Hohennach les changions et ordonnions autrement, — soubs peine et amande que nous nous réservons contre le transgresseur. En tesmoin de vérité, nous avons fait mettre et appendre nostre grand scel à ces présentes ordonnances et statutz de nostre Val, que furent faites et données en nostre ville de Ribeauviller le dix septième jour (70) du mois de mars de l'an de grâce Nostre Seigneur et Redempteur mil cinq cent soixante et quatre.

Collationné : J. C. LOUIS.

NOTES.

(1) Le préambule de la Coutume de 1536 est identique à celui de la Coutume de 1564, sauf la partie qui, dans le dernier texte, est relative à Guillaume II.

(2) Egenolphe III, dont le père était mort en 1531, succéda, en 1547, à son grand-père Guillaume II.

(3) Geroldseck des Vosges, afin de distinguer cette localité d'Alsace d'un autre Geroldseck situé en Allemagne.

(4) Baroche, *parochia*, paroisse.

(5) Pagonzelle : c'est l'unique fois, à ma connaissance, que le village de La Baroche reçoit cette dénomination. Peut-être la tire-t-il de *Pagensis Cella*, *l'Eglise* (Zelle) principale du *Pagi*, de la vallée. La Baroche était vraisemblement le chef-lieu religieux de la communauté, comme La Poutroye en était le chef-lieu judiciaire (art. 26 du Coutumier de 1513 et art. 11 des Coutumiers de 1536 et 1564). Sur le *Pagus canonicus*, voyez Baluze, capitulo I, p. 401 et II, p. 442.

(6) Au moment de la rédaction du Coutumier, il existait, comme à présent, dans la vallée d'Orbey, cinq villages et un certain nombre de hameaux. Chacun de ces villages portait à la fois deux noms, l'un français, l'autre allemand : Orbey ou Urbis, La Poutroye ou Schnerlach, Freland ou Urbach, La Baroche ou Zell, enfin le Bonhomme ou Diedolshausen. On remarquera que cette dernière localité n'est pas mentionnée dans le Coutumier. Elle ne l'est pas davantage dans les lettres d'investiture données aux Ribeaupierre par la maison d'Autriche. Pourquoi cette omission? Je l'ignore. Schœpflin (Ravenez, *Als. illustr.*, t. IV, p. 288), en l'expliquant par le « voisinage des frontières de la Lorraine, » allègue, à mon sens, une raison sans aucune portée ni valeur.

(7) Lié aux Ribeaupierre par un serment de fidélité, le schultheiss était dans le val d'Orbey leur principal officier, leur représentant ; et, comme insignes de sa dignité et symbole de son autorité, il était investi du sceptre, ce pendant de la couronne et de l'épée.

Sous le rapport administratif, ses pouvoirs étaient aussi variés qu'étendus.

Au point de vue judiciaire il présidait le tribunal des Seize ; il en dirigeait les délibérations sans prendre part personnellement à la solution des affaires. De plus, il faisait exécuter les sentences de cette juridiction. Au premier plaid banal après sa nomination, il jurait fidélité à son maître et seigneur; il jurait également de respecter le droit municipal et traditionnel dans l'administration de la justice.

Sur les attributions du schultheiss, voir les textes inédits rassemblés par M. Hanauer, *opp. cit.*

(8) Les Seize du val d'Orbey, réunis sous la présidence du prévôt, distribuaient la justice tant en matière civile qu'en matière criminelle. L'article 7 les investissait encore du pouvoir de légiférer au sein de leur commune, et de dresser, comme nos maires actuels, des règlements locaux de

police. Ailleurs, on les voit remplir les fonctions d'administrateurs et d'officiers publics. Dans le plaid banal qui suit leur élection, le prévôt, après leur avoir donné lecture publique du statut, reçoit leur serment politique et professionnel, et, après l'accomplissement de cette formalité, il les installe dans leur charge annuelle. Notre Coutumier ne contient pas la formule de leur serment, mais il est facile de la retrouver dans d'autres documents alsatiques qui la reproduisent d'une façon uniforme. Les Seize juraient solennellement fidélité au seigneur; ils juraient en outre de juger bonnement et dûment des questions sans porter faveur ni haine, et de garder le secret de la justice. (Voir Coutumes de Lièvre, art. 1er, et M. Hanauer, *opp. citt.*, passim.) De nos jours, l'article 312 du Code d'instruction criminelle et la loi du 31 mai 1841 (art. 36) se contentent de demander le serment professionnel aux jurés en matière criminelle et en matière d'expropriation pour utilité publique, tandis que la loi du 8 août 1849 (art. 3) astreint les magistrats de l'ordre judiciaire, comme les Seize du val d'Orbey, au serment politique et professionnel.

Quant au nombre des jurés, chaque localité d'Alsace avait sa règle particulière : il était plus ou moins considérable, mais non arbitraire. Il avait, à ce que je crois, pour double base le chiffre et l'importance des localités relevant de la même juridiction et comprises dans le même bailliage.

(9) Elire ses juges, c'est pour le peuple un droit éminemment important. C'est l'origine du jugement par les pairs, l'origine du jury. Cette primitive tradition de la Germanie (Tacite, *De mor. Ger.*, c. 11), qui avait pénétré dans notre province avec les lois barbares (*L. sal.*, tit. LX, et *L. rip.*, tit. LV), les Capitulaires (de Dagobert en 630 et de Charlemagne en 809 : Baluze, I, col. 68 et 467), et le Miroir de Souabe (édit. Matile, liv. I, c. 83), s'était perpétuée dans les statuts des villes, les urbaires et les rotules colongers. Le lecteur désireux de s'instruire des origines et des progrès du jury en Alsace, trouvera les développements de cette institution dans MM. de Bigorie, *le Jury en matière criminelle*, p. 77; Véron-Reville, *les Anciennes juridictions d'Alsace*, passim, et surtout Hanauer, *opp. citt.*, qui donne beaucoup de textes inédits.

Comme exemple de l'administration de la justice par les pairs, nous citerons le rotule colonger de La Poutroye. Ce document aura en outre l'avantage d'éclairer d'autres parties de notre travail et de faire connaître les associations de même nature qui existaient à Fréland et à La Baroche. (Voir, pour ces dinkhoff, Archives du Haut-Rhin, fonds de l'abbaye de Pairis, et fonds de la seigneurie de Ribeaupierre, E. 826 et 875). Voici le texte de la *Colonge de La Poutroye*, anno 1698 :

« Declaration des droictz et priuileges qui onts estés cedés, accordés et donnés par les Empereur et Roy des Romains a l'abbaye de *Sainte-Croix* pour vn djnckhoff ditte condition et menantie a *La Poutroye*, val d'*Orbey* auec les reuenues en despendants audit val, tant en droit de collateur, dixmes, censes, rentes, bois et auttres droictz, lequel djnckhoff et menanties et tous ce qui en despend a esté cedé a l'abbaye de *Pairis* par messieurs du Magistrat de la ville de *Colmar*, en l'année mil six cents soixante et

huit, qui en estoient alors veritables maistres et possesseurs, comme estants seigneur de *Sainte-Croix* et au droit de ladite abbaye dudit *Sainte-Croix*, et, le tout, a esté veue, renouuellé, examiné et tiré au plus exacte des tittres produit en allemend et françois cejourd'huy douzesiesme Januier mil six cent nonante huit.

« Premierement, le seigneur dudit djnckhoff, qui est dont a present Monsieur l'abbé de *Pairis*, est seigneur collateur dans les Paroisses d'*Orbrey*, *La Poutroye* et *Bonhomme*.

« Et ledit seigneur doit tirer et leuer la troisiesme part de touttes la dixme des grains et les sieurs Curés vn tier, sçauoir aux villages d'*Orbey*, *La Poutroye*, *Hechimet*, *Grand trait*, et au *Bonhomme*, jusque a sur les hauts appelés fürst [1].

« Ledit seigneur est reciproquement obligé d'entretenir en bon état les maisons curialles d'*Orbey* et *La Poutroye*, a proportion du tier qu'il tire dans la dixme contre messieurs d'*Oberkerich* pour la proportion du tier qu'ils tirent aussi dans la dixme.

Ledit seigneur du djnckhoff doit jouir d'un canton de bois et forest qui luy appartient vniquement, proche ce village de *La Poutroye*, lequel est marqué et enuironné de pierres, bornes, et personne auttre ny doit entrer ny coupper aucuns bois sans sa permission sous paines de grandes amendes.

« Ledit seigneur auec son djnckhoff doit juger des articles cy apres nommés souuerainement et ny doit auoir aucunes appellations de leurs sentances que a la Cour de l'Empereur et presentement au grand Conseil du Roy, puisque les statuts sont telles et accordés et affranchy par les souuerains Pontifs, Empereurs et Roys des Romains.

« Ledit seigneur a ce droitz de djnckhoff et conditions, lequel consiste en seizes menanties et heritages en despendants, lesqu'elles doibuent rapporter quatorzes resseaux d'auoine, quatorze batz cinq rappes en argent, dix poulles et demye et vn tier, quinzes escuelles et quinzes tranchoirs de bois.

« Touttes les menanties et heritages en despendant doibuent estre laissés ces droitz le portent et declarent et rien separement arriuant que la menantie se trouue sans principal, ledit djnckhoff peut adsuiettir celluy qui a le plus en jcelle, ou celluy qui paye le plus de cense, ou celluy preferablement qui demeure et reside dans la paroisse de *La Poutroye*, l'on doit l'obliger la prendre et porter et respondre.

« Ledit djnckhoff a aussy ce droit, arriue-il qu'il luy soit adjugé par les menants quelques heritages faute de paye des censes, ou negligence, ou abbandonnement des terres et prex, celluy qui se feroit apres la sentance conduire dessus, ou en voudroit jouir sans la permission du seigneur du djnckhoff, il est amendable, l'on le doit mettre a lamende et le faire payer tel qu'il aura merité, et cela se doit faire autant de fois qu'il sera contrevenu, les heritages estants biens propres et dependants dudit djnckhoff.

« S'il arriuoit quelques dommages ou reproche serieux audit djnckhoff ou

[1] Fürst, paturages nommés chaumes. Voir Grandidier, *Hist. de l'église de Strasbourg*, t. II, p. 149, n° 83 ; et Durival, *Description de la Lorraine*, t. I, p. 290.

de tout ce qui en despend et que l'on ayt affaires des seizes menants, qui sont les juges audit djnckhoff, les ayants auerty le soir, ils se doibuent trouuer audit lieu destiné et ou l'on auroit besoins, et sy quelqun retarde et que le djnckhoff ou le seigneur djcelluy souffroit quelque dommage ou jnterestz celluy qui sera cause y doit satisfaire, à moins qu'il n'y ayt causes légitimes a quoy chacun doit preuoir et auertir sans retard, et sy cependant quelques menant venoit a estre malade, il doit estre conduit chez luy au frais du djnckhoff.

« Ledit seigneur du djnckhoff ne doit faire ny auoir que seize menanties, consistants en plusieurs terres et prey, et les menants qui possedent lesdits menanties, doibuent prester le serment audit seigneur.

« Sensuit le serment que chacun menant doit prester et jurer, lors qu'il est reçeu menant.

« Premierement, il doit jurer et prester serment corporel de procurer le profit et bien dudit djnckhoff, et empescher le dommage djcelluy de touttes ses forces et pouuoirs, de payer annuellement la rentes et censes qu'il porte et doit de sa menantie, soit en argent, auoine, poulles, escuelles ou tranchoirs, et doit solliciter et prendre gardes sy les dixmes se paye bien et nottamment bien garder la forest, dindiquer fidellement et ayder à punir ceux qui y auroient fait dommage, soit d'auoir couppé, enleué du bois, paturé ou auttrement.

« Ledit seigneur doit auoir vn Maire et qui doit estre choysy et establie par luy, et celluy qui est choysy doit aussy prester le serment de fidellité et obeissance à son seigneur du djnckhoff et de tout ce qui en despend, doit receuoir les censes et rentes, soignez aux dixmes et fidellement garder et conseruer aussy tous les droitz et nottamment la forest, rien prendre ny donner de ladite forest sans permission dudit seigneur.

« Ledit Maire et tous les menants doibuent bien observer, d'ayder a maintenir touttes les droitz, statuts et priuileges dudit djnckhoff; de faire bonne et fidelle garde a la forest, et desnoncer fidellement ceux qui auronts fait quelques dommages comme cy deuant dit, afin que l'on puisse chatier et mettre a lamende ceux qui auront commis faute; d'ayder de mesme a obseruer les droitz et priuileges de ladite forest; ayder a chatier ceux qui auronts esté trouués faire dommage soit peu ou beaucoups a ladite forest; de juger et rendre sentance pendant la seance audit djnckhoff, suiuant sa concience et sçauoir.

« Le menant nouuellement reçeu doit prester le serment present les auttres menants, et apres l'auoir presté, le Maire le doit faire assoire en son rang suiuant la menantie qu'il porte et le doit complimenter.

« Ledit djnckhoff se doit tenir a *La Poutroye* tous les ans vne fois le jeudy deuant la purification Nostre Dame appellé la Chandeleur, et le sieur Curé de *La Poutroye* le doit publier le dimanche deuant ledit jour.

« Ensuitte le jour de la tenue du djnckhoff arriué, l'on doit commencer a sept heures du matin a sonner la grosse cloche de la paroisse et sonner jusque a huit heure, ensuitte l'on doit dire la messe du Saint-Esprit, ou tous les menants sonts obligés sy trouuer et y assister, et ceux qui ne sy

trouuent point, sans excuses et causes legitimes, soit Maire ou menants, doibuent estre mis a lamende suiuant le jugement au djnckhoff, et de laquelle amende la moitié appartient au seigneur du djnckhoff, et l'auttre moitié aux menants.

« Le Maire et tous les menants doibuent aller a l'offrande pendant la messe.

« Aussytost la messe finie, ledit seigneur ou son enuoyé, avec le Maire et les menants, se doibuent trouuer au lieu ou se tient le djnckhoff, ou estant, le Maire doit faire assoire lesdits menant, suiuant leurs menantie ; le seigneur, son enuoyé ou le Maire, doit faire le compliment et dire pourquoy que ledit djnckhoff se tient pour maintenir comme d'encienté les droitz, statuts et priuileges qu'il a, et que les deffaillants ou commis aux fautes au prejudice dudit djnckhoff soient desnommés, et suiuant le rapport et denominations ils les ayents a mettre a lamende, laqu'elle alors appartient audit seigneur et a personne auttre.

« Apres estre assis, faut examiner aussy tous les menants qui ne se sont point trouué present, afin d'estre mis à lamende comme dit, et que tous les present l'un apres l'auttre ayent a declarer ce qu'ils sçauent estre passé contre les droitz dudit djnckhoff, soit en dommage des bois et forestz, soit en dixme, censes et rentes, soit pour quelques reproches, soit contre le Maire, contre l'un ou l'auttre menants ou auttres.

« Et sil y a quelques plaintes contre l'un ou l'auttre des present, il doit se leuer et sortir jusque a la sentence rendue, puis rentrer et ne doit point sortir de la maison qu'il n'ayt satisfait a la sentence rendue contre luy.

« Et pendant la sceance du djnckhoff, nul ne doit quitter ny sortir sans permission soub paine damende.

« Tous les menants doibnent declarer les deffaillants au Maire deux ou trois jours deuant la tenue du djnckhoff, afin de les faire assigner, et lors assignation donné, ceux qui ne comparoissent pas ont encourrus vne amende pour frais du djnckhoff.

« Lors du jour de tenue de djnckhoff le Maire doit preparer vn repas, tant pour le seigneur ou ses enuoyés et vallets, et messieurs les menants que le sieur Curé du lieu qui y doit estre appellé et leurs y doit donner vn repas honneste.

« Sil arriuoit pendant ledit repas que quelques bruit ou tumulte soit fait, ou injures données ou insulté quelq'un, celluy qui auroit commis quelq'une desdites faute ou donné scandalle, il doit estre chatié seuerement, et lamende ordonné par les auttres menants, appartient la moitié au seigneur, et l'auttre moitié auxdits menants juges.

« Et le seigneur ou son enuoyé demende audit Maire sy aucun des menants a manqué a satisfaire justement et entierement aux censes et rentes qu'il doit, tant en argent, auoine, poulles, escuelles et tranchoirs, et sil a fait bonne garde aux bois et forest ou non, d'autant que celluy qui n'aura pas satisfait comme dit, doit estre mis a lamende par les auttres menants, laqu'elle amende appartient au seigneur du djnckhoff.

« Et celluy qui ne satisfaira pas a lamende ordonné par sentance, doit estre descheut du benefice de sa menantie et de tous ce qui en despend, et

lors le seigneur le peut se le faire adjuger et le laisser a qui bon luy semblera.

« Ledit seigneur demende aussy aux menants qu'ils ayent a declarer s'ils ne sçauent point le Maire ayt fait dommage a la forest, ou sil na pas negligé les droitz et reuenues dudit djnckhoff, sil sa bien comporté et pris soins aux jnterrestz du djnckhoff et pendant ladite information ledit Maire doit sortir, ensuitte que ledit seigneur est informé, il est le juge luy mesme.

« Doit aussy sçauoir sy ledit Maire a bien ramassé et se fait payer de touttes la dixmes, censes et rentes, sil a eu bien soins de la forest, sil na pas luy mesme fait du dommages ou auttres choses contre les ordonnances.

« Ledit Maire establie doit receuoir fidellement touttes les censes et rentes despendant dudit djnckhoff et ne rien quitter, à moins qu'il n'ayme luy mesme les payer.

« Sy aucuns biens de menantie se ruine ou abbandonne par negligence ou auttrement, chacun menants doit y auoir l'œil afin d'en auertir le Maire pour y mettre ordre, alors le cas de peril arriuant le seigneur se le puisse faire adjuger comme ceux des menants lors qu'ils manquents a satisfaire a leurs deüb.

« Ledit seigneur est en droit aussy de prendre, choysir et eslire vn greffier pour le djnckhoff tel qu'il trouuera estre et a propos, et ledit sieur greffier esleü doit estre appellé au repas.

« De mesme le Bangard auquel l'on doit aussy donner vn repas, et pour ce est obligé d'auoir soins des bois et forest, nottament pendant la tenue du djnckhoff, il la doit garder et ensuitte venir au repas.

« L'on doit donner a boire et manger a tous ceux cy deuant specifié honnestement et qu'ils soient contant, et lors que l'on est obligé de se seruir de chandelle apres deux ou trois heures de tenue de table, l'on doit quitter sans bruit.

« Le Maire doit seruir au seigneur en escuelles et tranchoirs pendant ledit repas qui n'ayent pas encore seruie, a moins que le seigneur ou son enuoyé n'en demende d'auttres.

« Tous les contractz qui se passerontz soient vente, eschange, heritances ou auttrement des biens de menanties et conditions dudit djnckhoff, doibuent estre inseré sur le prothocol, et approuué, confirmé et rattiffié par ledit djnckhoff, et bien remarqué dans son prothocol aussy bien que touttes les sentances.

« Ceux qui ne seronts point approuués, confirmés et ratiffiés par ledit djnckhoff et remarqué dans son prothocol, doibuent estre cassées et déclaré nul et de nul valleur, et celluy qui fera auttrement pour lesdits biens doit estre mis a vne bonne amende, par consequent est enjoint expressement a tous menants d'empescher qu'aucuns contract de vente, eschange, engagement, heritenge ou auttrement, soit fait desdits biens de menantie, ny beaucoup, ny peu sans en aduertir le Maire, sous paine damende, et le tout doit estre signé du greffier, du Maire et des menants.

« Tous les menants qui possedent des menantises dudit djnckhoff doibuent

garder la forest chacun a son tour pendant le cours de l'année, suiuant leurs serment, c'est pourquoy aussy que l'on leurs doit ledit repas.

« Le menant qui seroit conuaincu n'avoir pas gardé la forest dans le temps, doit non seulement estre mis a lamende, laqu'elle doit estre moitié aux menants, lamende estant de deux florins; mais le seigneur est encore en droit de l'exclure du repas, attendue qu'il n'est pas digne de sieger parmie les auttres menants estant preuaricateurs de son serment.

« Et sy aulcuns des menants est adjournés ou auerty, soit par publications sur le pronne ou auttrement de se trouuer aux conditions et qu'il y manque sy trouuer ou sen absente sans congé, icelluy doit estre mis a lamande suiuant le jugement des auttres menants, laqu'elle amende moitié appartient ausdits menants.

« Sy quelques menants venoit aux conditions sans satisfaire aux censes que sa menantie est chargé, il ne doit pas sen retourner sans payer, et doit estre mis a lamende suiuant le jugement des auttres menants, laqu'elle amende la moitié appartient aux menants.

« Lors que vn menant ou le Maire, comme aussy le bangard declarent quelq'un qui ayt fait du dommage ou ayt esté chercher ou couppez du bois dans la forest, soit bois vert ou mort, ou pasturé dans ledit bois et forest lieux deffendues, il doit estre crüe suiuant le serment qu'ils onts prestés.

« Ceux qui onts couppés ou enleués du bois vert doibuent estre mis a lamende de deux florins et restitutions de bois et aux despens, ladite amende appartenant audit seigneur.

« Ceux qui auronts pris ou enleué du bois sec, bois mort, doibuent lamende de vn florins de *Rhin* et aux despens, ladite amende appartenant audit seigneur.

« Ceux qui auronts laissé aller pasturer leurs bestiaux dans ladite forest lieux deffendue, doibuent lamende suiuant le dommage qu'ils onts fait, lequ'el doit estre vissité ou crû au rapport, et doit payer le dommage et les frais, lamende doit appartenir audit seigneur.

« Ledit djnckhoff a aussy ce droit que tous les cabartiers et ceux qui veullent vendre vin dans le val d'*Orbey* par pots et peintes, sonts obligé d'apporter leurs pots, peintes et chopines a *La Poutroye* au tenue du djnckhoff tous les ans pour les vissiter et les faire gauger.

« Le dimanche deuant la tenue du djnckhoff, l'on doit faire publier sur le pronne ou deuant les esglises paroissialles du val que tous ceux qui ventes ou veullent vendre du vin pendant l'année, comme aussy ceux qui en onts vendue et veullent continuer, ayents a porter au djnckhoff a *La Poutroye* au jour de la tenue dudit djnckhoff, tous leurs pots, peintes et chopines dont ils sen veullent seruir pour debitter du vin, afin de les faire gauger et sonts obligé de les apporter.

« Ceux qui ne les apportent pas apres auoir esté comme dit auertie, doibuent estre mis a lamende suiuant le jugement des menants, la qu'elle amende appartient au seigneur du djnckhoff.

« Ceux qui auront lannéé precedent vendue vin par pots et peintes sans les avoir fait gauger, doibuent estre chatiés.

Le Maire du djnckhoff a ce droit de faire payer a chacque cabartiers,

lors qu'ils apportents leurs pots pour gauger, par chacun vn pot de vin ou le prix.

« Et lors que quelques cabartiers sexcuses et qu'ils ne peuuent pas venir le jour de la tenue du djnckhoff soub causes legitimes, et que ledit Maire soit obligé les aller gauger chez eux apres laoir par ledit cabartier pour le prié et requis, ledit cabartier luy doit donner deux pots de vin ou le prix dicelluy comme il le vend.

« Ceux qui n'auronts pas retirés leurs pots et peintes des mains dudit Maire et satisfait aux conditions a la huitaine, doibuent lamende de dix schellins au profit dudit seigneur.

« Ceux qui n'apportent pas a la tenue du djnckhoff leurs pots, peintes et chopines pour faire gauger, ne doibuent pas seulement lamende, mais on luy doit faire deffence sur peine dune grande amende de ne point vendre ny debitter de vin en détails, qu'il nayt fait gauger par le Maire ses pots et peintes present le djnckhoff.

« Les pots, peintes et chopines qui se trouuent trops grand, doibuent estre gaugés justement suiuant la messure ordinaire.

« Les pots et peintes qui se trouuent trop petit, le djnckhoff doit faire des trous dans la couuerte et faire deffence de sen seruir non plus que de pots de terres, soub paine de deux florins damende au profit du seigneur du djnckhoff.

« Les pots, peintes et chopines se peuuent gauger au commencement ou a la fin du djnckhoff.

« Sy le bangard est obligé d'aller aduertir quelques cabartiers d'apporter ses pots et peintes, celluy luy doit ses paines.

« Sy l'on a affaire dudit bangard pour enuoyer a quelques villages, l'on luy doit taxer ses peines, et celluy qui causes lesdites peines doit payer.

« Collationné le present translat et trouué conforme a son allemand par moy soubsigné advocat et secretaire interprete au Conseil souuerain d'*Alsace*. Fait a *Collmar*, ce troisieme feuurier de l'annéé mil six cent quatre vingt dix neuf. « *Signé* : SCHEPPELIN. »

Malgré mes recherches dans les archives des préfectures du Haut-Rhin et des Vosges, je n'ai pu découvrir le texte même des rotules colongers de la Baroche et de Fréland. Je n'ai trouvé que l'indication du montant des redevances dues par ces colonges.

(10) L'application du suffrage universel et annuel ne se bornait pas, dans le Val d'Orbey, à l'élection des jurés, doyens et banwards, elle s'étendait encore, d'après l'article 14 du Coutumier, au choix du capitaine et des bannerets. Ces officiers élus pour une année étaient-ils rééligibles ? Je suis porté à le penser.

(11) Le texte allemand de notre Coutumier désigne sous la dénomination de Weibel l'agent qui est appelé ici *doyen*, et, dans d'autres documents allemands, *Bott*, *Büttel*, *Frohnbott*, *Richter*. *Richterbott*, *Stockwarter*, c'est-à-dire messager, appariteur, sautier, prévôt, sergent Cet agent fonctionne dans toutes les juridictions de l'Alsace, depuis les plus élevees jusques

aux plus humbles, et ses attributions sont aussi variées que ses titres. Convoquer les jurés, ajourner les parties, poursuivre l'exécution des jugements tant contre la personne que sur les biens du débiteur, veiller à la police de l'audience, avoir la garde des prisons, et mener à fin les sentences capitales, voilà son rôle multiple dans les ordres judiciaire et administratif. Aussi pour ces fonctions importantes ne choisissait-on qu'un homme de condition libre, qui prêtait serment au seigneur, avec beaucoup de solennité, en présence de la justice et sur les reliques des saints, et auquel on infligeait, en cas de manquement à ses devoirs, la peine spéciale de trente coups d'un bâton de chêne long d'une ou deux coudées. (Miroir de Souabe, chap. LXXXX, LXCIII, C, CXXV, CXXXIII et CLXXX). Si je me reporte, soit à la coutume de Lièvre (art. 1, 22, 24 à 39), soit aux documents publiés par M. Hanauer (*Constitutions*, passim, notamment p. 277), le caractère et le rôle de doyen, tels qu'ils sont dépeints au treizième siècle par le Miroir de Souabe, n'avaient point changé aux seizième et dix-septième siècles. Le statut d'Orbey, sans entrer dans l'énumération complète des attributions du weibel, charge cependant cet officier de la garde des prisons (art. 36) et de la constatation des délits commis dans les eaux et forêts (art. 21). La fonction d'appariteur, annuelle jusqu'en 1762, devint alors permanente dans chaque village de la communauté. L'étendue considérable de la vallée et les difficultés d'une surveillance efficace motivèrent cette innovation. (Archives du Haut-Rhin. Bailliage d'Orbey, E. 2.)

(12) Le banwart, le chargé champêtre, l'homme chargé de la répression des délits ruraux et forestiers. (Cfr. la loi du 6 octobre 1791, tit. I, sect. VII, sur la police des champs.) — En Alsace (Hanauer, *Constitutions*, p. 39) et en Lorraine (Riston, *Cout. de Lorraine*, p. 393), le choix de ces officiers appartenait toujours aux communautés. Aujourd'hui le maire les nomme, sauf l'approbation du conseil municipal. (Loi du 18 juillet 1837, art. 13.)

(13) Plaid banal est rendu par les termes allemands : *Banngericht* et *Frevelgericht* qui expriment la plénitude de juridiction en thèse générale.

(14) L'ancienne coutume fixe le temps des plaids aux Quatre-Temps ; on les annonce quinze jours à l'avance.

(15) A partir de 1536, les jurés ont reçu, non plus un denier, mais un dîner, cette indemnité habituelle des bourgeois alsaciens transformés en magistrats. La coutume de Lièvre (art. 5) donne pour raison, « que les jurés sont la plupart gens artisans et qu'il leur convient laisser leur labeur pour rendre la justice. » D'après le chroniqueur Herzog, cet usage invariable des tribunaux villageois et colongers remonterait jusqu'à Clovis. « Après que ce prince, dit-il, eut vaincu les Triboques, peuple indépendant et sauvage, il ne sut comment les amener à l'ordre et à la vie sociale. Il songea à toute espèce de moyens. Enfin, il imagina de les réunir trois fois par an dans un lieu déterminé. Ils devaient ces jours-là protester de leur fidélité et présenter au prince ou à son représentant un don de peu d'importance. En retour, pour qu'ils fissent cela de meilleure grâce, on

leur offrait quelque chose à manger. Telle fut l'origine de cette coutume. » *Adde*, Hanauer, ouvrages cités, *passim*; — et *supra*, p. 25 et 26.

(16) Sur les brièves justices, cfr. Cout. de Lièvre, art. 10 et 11.

(17) Les monnaies, dont il est question dans cet article et dans le Coutumier d'Orbey, sont des monnaies lorraines. Voir sur ces monnaies : de Rogéville, *Dictionnaire des ordonnances*, v° MONNAIE ; F. de Saulcy, *Recherches sur les monnaies des ducs héréditaires de Lorraine*, Paris, Rollin, 1843, et Lionnois, *Histoire de Nancy*, p. 85. Bédel, dans ses Tableaux de concordance des monnaies lorraines avec le système décimal, évalue le denier à 41 millimes, le sou à 494 millimes et la livre à 9,877 millimes.

(18) La caution *judicatum solvi* a joué un grand rôle dans la procédure du moyen âge, (Voir *Beaumanoir*, chap. XLIII, art. 55.) Son objet était de garantir les résultats du procès. Elle a été introduite dans notre Coutumier par la révision de 1536.

En thèse générale, et sauf de rares exceptions, on ne l'exigeait point des régnicoles. (Loisel, *Institutes*, 6, 3, 2.) Aujourd'hui les articles 16 du Code Napoléon, 166 et 423 du Code de procédure civile ne le laissent subsister qu'à l'encontre des étrangers et en matière civile.

D'après le statut d'Orbey, il en était tout autrement. Les habitants du Val sont placés sur la même ligne que les aubains ; et si, à l'instar de certaines coutumes, il n'impose point cette obligation à deux adversaires indigènes, le demandeur du moins doit toujours consigner une somme d'argent suffisante pour répondre des frais de justice et indemniser les hôtes, c'est-à-dire les aubergistes (*wirth*) des dépenses faites dans leurs établissements à la suite de la convocation du prevôt, des jurés, du doyen, des témoins et du défendeur.

(19) L'Italie et quelques contrées de l'Allemagne pratiquent encore le régime de la troisième instance mentionné dans notre article. Rejeter les procédures dispendieuses et cabalistiques, c'est une œuvre de sagesse qu'a accomplie notre législation actuelle en n'admettant que deux degrés de juridiction. Le rôle de la Cour de cassation se borne à maintenir la loi, l'intégrité des formes et l'uniformité de la jurisprudence. (Voir l'instruction qui accompagne la loi des 16 et 29 septembre 1791.)

(20) Le droit d'appel variait considérablement en Alsace dans les différentes juridictions. Sur ce point, voir M. Réville, *op. cit.*, p. 30, 48, 123, 130, 139, 149, 218, 223, 226 et 235. — Il est réglé chez nous pour les matières civiles, commerciales et criminelles par les articles 16 et 443 du Code de procédure civile ; 645 du Code de commerce ; 172, 179, 479 du Code d'instruction criminelle.

(21) A la place du terme *redargez*, je lis dans la Coutume de 1536 : « Si la partie qui a perdu son procès peut présenter un moyen nouveau et utile à la cause, elle est reçue à interjeter appel et à faire nouveau plaid. »

(22) Châtelain, en allemand *Vogt*. Dès 1311, les Ribeaupierre entretenaient un vogt dans le château du Hohennack. (Schœpflin-Ravenez, t. IV, p. 287). En temps de guerre, le vogt donnait retraite dans sa forteresse aux pieux solitaires de Pairis ; et, pour prix de sa protection, il recevait

annuellement une paire de bottes de la valeur de cinq schellings. (Archives du Haut-Rhin, *Nécrologue de Pairis*, p. 113.)

(23) *Obtenir quittance de son serment de bourgeois* : prescription ancienne et déjà écrite dans les lois salique (tit. XIV, § 4) et lombarde (lib. III, tit. XIV, § 1). L'homme libre, qui veut émigrer, est obligé de se munir, avant de quitter son pays, de lettres royaux ou seigneuriaux, afin de se mettre à l'abri des suites ordinaires du vagabondage : c'est la conséquence du système adopté à l'égard des étrangers par les lois germaniques et féodales. (Voir *infrà*, p. 38, note, 46.) » Cette *carta vel licencia vel præceptum regis* me semble équivaloir à notre passeport et ne doit pas être confondue avec le droit d'émigration.

(24) Cette satisfaction due par le bourgeois émigrant à l'église ou au curé ne paraît être l'impôt dû par chaque habitant pour l'entretien du culte. Il se prélevait sur la dîme. Je fonde mon assertion sur le passage suivant de la constitution de la marche de Marmoutier : « Autrefois, dans l'antiquité, les villageois de Garberg percevaient la dîme des anciens manses, parce qu'ils entretenaient eux-mêmes leur curé. » On a vu plus haut, dans le rotule de la colonge de La Poutroye (p. 23), que la part du curé dans la dîme était du tiers de la redevance en grains.

(25) *Satisfaire honnêtement à nous*, c'est-à-dire s'être acquitté des droits seigneuriaux, et notamment du droit d'émigration (*abzug*), qui était exigé en Alsace. D'après les lois de l'empire germanique suivies dans notre province, le droit d'émigration consistait dans le dixième de la valeur des immeubles et des effets mobiliers. (Gœtzmann, *Notice des domaines*, chap. II, n° 16.) On trouvera de curieux détails sur ce droit dans M. Hanauer, *Constitutions des campagnes de l'Alsace*, p. 130 et 178.

(26) Comme dans le régime communal du moyen âge, un séjour dans une localité pendant an et jour, faisait, en thèse générale, quand il n'y avait pas eu contradiction, acquérir le droit de bourgeoisie, on négligeait fréquemment d'obtenir la permission seigneuriale exigée par notre coutume. Il devint dès lors nécessaire de réédicter la prescription. « En 1730, le bailli du Val d'Orbey ordonna qu'aucuns étrangers ne seraient reçus à s'establir dans le Val d'Orbey qu'ils n'ayent prealablement obtenu la permission par écrit, avec un certificat en forme authentique de leur naissance, religion, conversation, vie et mœurs, et fourni caution bourgeoise et solvable de la somme de 200 florins dans les lieux où ils voudront s'establir pour seureté du payement des deniers royaux et seigneuriaux, et fit défense à tous bourgeois et habitants du dit Val de ne recevoir, loger, ny donner retraite à aucuns des dits estrangers qu'après qu'ils seront reçus en la manière prescrite, à peine de 50 livres d'amende et de payer en outre les deniers royaux et seigneuriaux qui seront dus par les dits estrangers. Et, à l'egard de ceux qui étaient actuellement establis, il ordonna que dans la huitaine après publication de l'ordonnance, ils seraient tenus de rapporter au greffe des certificats et permission de la chancellerie en la forme cy-dessus pour y estre enregistrés, et de fournir la caution dans le mesme délai, sinon et à faute de ce faire qu'ils quitteraient le Val, et qu'ils seraient chassés d'icelui. » (Archives du Haut-

Rhin. Bailliage d'Orbey, E. 4.) Cet arrêté, approuvé par la seigneurie de Ribeaupierre, fut renouvelé en 1736, 1745 et 1773, mais toujours sans succès, malgré ses rigueurs comminatoires. Les étrangers, qui se fixaient dans la vallée, cherchaient à échapper à la redevance seigneuriale qui paraît avoir été établie pour la première fois en 1536. Il importe encore de remarquer, à propos de l'article 13, que le seigneur seul autorisait l'établissement d'un aubain dans notre bailliage, tandis que dans d'autres localités la réception d'un bourgeois n'avait lieu, conformément à la loi salique (tit. LXVII), qu'avec l'assentiment de tous les habitants, soit parce que le nouveau venu participait à la jouissance des biens communaux, soit parce que les communautés répondaient des vols commis à force ouverte dans leurs circonscriptions. — Comparez sur la réception des bourgeois en Alsace le statut de Ferette, anno 1567, et les ordonnances rendues par le magistrat de Strasbourg dans le cours des quinzième et seizième siècles.

(27) « Touchant la vie d'un bon chrétien. « Les quatre articles suivants n'ont de correspondants, ni dans la Coutume de 1513, ni dans celle de Lièvre. Dans cette dernière vallée, des ordonnances spéciales rendues par les ducs de Lorraine réprimaient l'ivrognerie, le jeu, le blasphème et l'inobservation du dimanche. On les trouvera, soit dans Rogéville (*Dict. des édits*), soit dans M. Dumont (*Justice criminelle en Lorraine*). Le reste de l'Alsace possédait sur ces matières des règlements locaux. Nous citerons en appendice, comme exemple de ce droit municipal, les dispositions curieuses du statut de Ferette (anno 1567). Voici la traduction de son texte allemand :

« Art. 1. L'homme ou la femme, jeune ou vieux, qui proférerait inconsidérément de grosses injures par le martyre de Jésus-Christ, notre Sauveur, et par les saints sacrements, ou qui alors qu'on leur sert à boire ou à manger s'enivrerait, celui qui s'adonnant outre mesure et effrontément à la passion du jeu y aura employé plus d'un denier pour son passe-temps sera condamné, pour la première fois, à trois jours, et, pour la seconde fois, à huit jours d'emprisonnnment, au pain et à l'eau. S'il devait enfreindre la défense pour la troisième fois, et que cela fût dûment reconnu, il encourra une punition corporelle ou pécuniaire proportionnée à la gravité du fait, tous droits dûment réservés. Quant aux personnes fortunées et considérables qui, d'après les prévisions ci-dessus, jureront, boiront ou mangeront avec intempérance, ou se livreront au jeu sans mesure, elles seront condamnées pour le premier manquement à une amende de 8 florins ; pour le second, à 20 florins ; mais s'il devait leur arriver d'enfreindre la défense pour la troisième fois, et qu'elles en fussent convaincues, elles seront mises en prison avec application d'une punition corporelle et pécuniaire proportionnée à la gravité du fait, tous droits dûment reconnus. Le blasphème envers Dieu, à cause de son énormité et de son caractère scandaleux, sera puni de mort.

« Art. 2. Défense est faite aux aubergistes et autres personnes de fournir sciemment ou de laisser fournir du vin pour les ivrogneries et excès de table dont il est ci-dessus question, que ce soit pour les repas ordinaires

ou à d'autres heures, ni de donner à boire chez eux à qui que ce soit après huit ou neuf heures du soir. Les dimanches et jours de fêtes légales avant la messe, les aubergistes ne pourront donner à boire ou à manger à personne, si ce n'est à des étrangers ou à des gens en voyage. Ceux des aubergistes ou autres qui enfreindront cette défense seront punis avec les buveurs autant de fois qu'ils seront en contravention.

« ART. 10. Une coutume impie et contraire à toute morale et à tout honneur s'étant introduite, et tendant journellement à se développer davantage, à savoir : que les personnes du sexe fréquentent les auberges, alors cependant que les hommes même devraient s'en abstenir, qu'elles s'enivrent comme les hommes au point d'en perdre la raison, de proferer des jurons et de se laisser aller à des paroles et à des actes contraires à toute pudeur, ce qui ne leur arriverait pas étant à jeun ; qu'elles oublient ainsi la modestie et la retenue féminines ; dans la vue de parer à ce mal, défense est faite désormais à toute femme d'entrer dans les auberges et d'y faire de la consommation, à peine d'une amende d'une livre 10 schellings par chaque manquement.... Mais, lorsqu'une femme se met en voyage et que, pour se sustenter, elle est forcée d'entrer dans une auberge, l'aubergiste ne pourra lui servir plus d'un demi-pot de vin, soit au dîner, soit au souper, sous peine par l'aubergiste et la délinquante chacun d'une amende d'une livre et 10 schellings. »

Ajoutons, à titre d'indication sur le droit criminel de l'Alsace, qu'à défaut de dispositions dans les ordonnances locales les crimes et délits étaient punis, — à partir du seizième siècle, — par l'ordonnance criminelle rendue en 1533 par Charles-Quint ; et, à partir de la réunion de cette province à la France, par les ordonnances de nos rois. (Ordonnances d'Alsace, t. I, p. 57.)

(28) Bringuer, en allemand *trinken*, boire de compagnie et porter des santés réciproques. Ce goût prononcé de la race germanique pour les festins et les boissons a été remarqué par Montaigne (*Voyages de l'an* 1600), aussi bien que par Tacite (*De mor. Germ.*, cap. XXII et XXIII). Il a eu chez nos compatriotes ses historiens (Grandidier, *Une ancienne confrérie de buveurs*, et M. Gérard, *l'Ancienne Alsace à table*), et ses critiques (M. de Neyremand, *De la Répression de l'ivrognerie*, dans la *Revue d'Alsace*. 1858). De bonne heure, on a dû le réprimer. Charlemagne, par ses Capitulaires de 802 et de 813, défendit l'ivrognerie sous peine de châtiment corporel ; et, dans des temps postérieurs, la législation alsatique prononça contre elle tantôt l'amende (Strasbourg, ord. de 1628, tit. VII, et Wissembourg, ord. de 1611, chap. III), tantôt l'emprisonnement (Orbey, Ferette, Ensisheim). D'après le règlement de la ville d'Ensisheim, les pénalités croissent avec les récidives ; et les ivrognes, quel que soit leur sexe, sont condamnés à trois jours d'emprisonnement, au pain et à l'eau, la seconde fois, à huit jours, et la troisième fois, à une peine plus forte (Merklen, *Hist. d'Ensisheim*, t. II, p. 149).

Les aubergistes, complices de ces excès bachiques, n'étaient pas mieux traités que les buveurs. On les mettait à l'amende ; ainsi à Orbey, comme dans beaucoup d'autres localités. Dans notre vallée, le chiffre de l'amende

prit même de singulières proportions. En effet, un décret du bailli, en date de 1763, renouvela, « défenses très-expresses aux cabaretiers du dit Val de retenir, retirer, recevoir ni donner à boire chez eux aux jeunes gens qui sont encore actuellement sous puissance de père, mère et tuteurs, comme aussi de ne point donner à boire, ni retenir chez eux aucuns domiciliés pendant le service divin, ni le soir, en hiver, après neuf heures, ni l'été après dix heures, à peine de 50 livres d'amende pour la première fois et du double en cas *de récidive sans rémission.* » (Archives du Haut-Rhin, *bailliage d'Orbey*, E., liasse 4.) Différents dossiers attestent que ces pénalités rigoureuses n'étaient pas lettre morte, et qu'on les appliquait aux contrevenants, même pour infraction commise le jour de la fête patronale d'une des quatre paroisses. A Strasbourg, quand les aubergistes avaient le malheur de faire crédit aux buveurs, non-seulement ils n'avaient point d'action en justice pour le payement des écots, mais on les astreignait encore à l'humiliante obligation de nettoyer le lundi les latrines de l'évêque. (Ordonnances de police de 1628, tit. VII.)

De notre temps l'ivrognerie et l'ivresse ne constituent pas des délits spéciaux, et le délit commis en état d'ivresse n'est légalement ni aggravé ni atténué par cette circonstance particulière.

(29) Le texte de 1536 présente cette variante : *Les jeux* POUR DE L'ARGENT, *quels qu'ils soient.* Charlemagne interdit en Alsace les jeux de hasard en sanctionnant les décisions prises en 813 par le concile de Mayence. (Sur les prohibitions modernes, voir les articles 410, 475 et 477 du Code pénal, et la loi du 21 mai 1836 sur les loteries.)

(30) Le blasphème a toujours été puni avec une rigueur inouïe. La coutume de Ferette, conformément à la novelle 77, aux capitulaires, à la législation de saint Louis et aux premières ordonnances des ducs de Lorraine, infligeait aux coupables de ce crime le dernier supplice. Par son arbitraire, le statut d'Orbey permet la modération dans le châtiment, et les Ribeaupierre durent à cette occasion exercer plus d'une fois la générosité de leur cœur. A Colmar, on se contentait d'exiler les blasphémateurs au delà du Rhin, à temps ou à perpétuité. (Statut de 1593, tit. XXXV, p. 104.) Remarquons, à l'éloge du Coutumier d'Orbey, qu'il n'impose pas, quant au délit de blasphème, la dénonciation prescrite par l'édit lorrain de 1510, l'ordonnance de Wissembourg de 1611 et la déclaration française du 30 juillet 1666. — Le délit spécial de blasphème a disparu de notre législation moderne; mais les lois du 17 mai 1819 (art. 8) et du 25 mars 1822 (art. 11) répriment les outrages à la morale publique et religieuse; et les articles 161 et 162 du Code pénal punissent l'outrage par paroles ou gestes aux objets d'un culte, ainsi que les retards ou interruptions apportés à l'exercice de ce culte.

(31) Les ordonnances dont il est ici question ont été rendues de 1536 à 1564. — Le texte de 1536 porte : « Selon les anciennes coutumes et les traditions de la véritable Église chrétienne sous peine d'une amende de 2 florins. » Les prohibitions de cette nature, générales au moyen âge, étaient plus ou moins sévères. (Denizart. v° *Foires.*) En Lorraine, l'amende était de 10 livres. (Rogéville, *Dict.*, t. I, p. 503). Une ordonnance de

1764 la porta dans le Val d'Orbey de 2 à 100 livres, avec confiscation des marchandises exposées en vente. (Archives du Haut-Rhin. Bailliage d'Orbey, E., 4.) La loi du 18 novembre 1814, qui réglemente aujourd'hui l'observation des dimanches et fêtes, se rapproche beaucoup de notre Coutumier. Elle n'inflige aux contrevenants qu'une amende dont le maximum ne dépasse pas 5 francs, sauf le cas de récidive.

(32) Les Germains ne connaissaient pas la propriété fixe et limitée des Romains. Chez eux, chaque année, le magistrat faisait le partage des terres, et les fruits appartenaient à celui qui avait labouré le champ. (César, *de Bell. gall.*, VI, c. 22; — Tacite, *De mor. Germ.*, c. 26.) Et quoique, après les invasions et leur établissement dans les Gaules, les conquérants fussent devenus propriétaires par le partage du sol avec les anciens possesseurs, leur esprit acceptait avec peu de faveur les idées qui, chez les vaincus, composaient la théorie de la propriété. Aussi, dans leur aversion pour la fixité et par attachement aux mœurs natives, laissèrent-ils en communauté les pâturages, les arbres, les forêts, les eaux, les terres, vaines et vagues, en un mot, les propriétés immobilières qui offraient à l'homme des produits spontanés. (L. rip., tit. LXXVIII; Lehuërou, *Instit. carlov.*, p. 42.) Cette communauté dura, en Alsace, assez tard, au moins en certaines localités. Ainsi, au commencement du quatorzième siècle, la ville d'Obernai possédait encore de cette façon *nemora, silvas, frutices, pascua et fundos aliquos allmende.* (Schœpflin, *Alsat. Dip.*, n° 864.) Le Coutumier d'Orbey attribue en 1513 au seigneur de Ribeaupierre la propriété des forêts de tout le bailliage. Cette propriété n'était pas ancienne. Cent cinquante ans après la rédaction du premier Coutumier, les habitants de la vallée ne la reconnaissaient pas encore, et, travaillés par le souvenir vivace d'une communauté immémoriale, ils la disputèrent à leur seigneur de 1685 à 1716. A cette dernière date, le conseil souverain d'Alsace maintint le seigneur de Ribeaupierre dans la propriété des forêts, en lui imposant toutefois la charge de faire marquer à ses sujets les bois dont ils auraient besoin tant pour leur chauffage que pour leurs bâtiments. (Archives du Haut-Rhin, Bailliage d'Orbey. Pièces diverses.) Voyez encore, note 34 *infra*.

(33) Même disposition dans les articles 68, 69 et 70 du Code forestier; ce qui prouve qu'on avait songé à la conservation du sol forestier bien avant Louis XIV et l'ordonnance de 1669.

(34) Originairement les eaux et les forêts, insusceptibles de propriété privée, formaient des biens publics et communs (L. rip., tit. LXXVIII, *Non res possessa est*, voir *suprà*, note 32, et *infrà*, notes 39 et 44). Il y a un souvenir de cet état primitif du droit dans le Coutumier de 1513, qui accorde aux habitants de la vallée le droit de pêcher au sentir de la main et sans autre engin; souvenir qui disparaît dans les réformations intéressées de 1536 et de 1564. Alors le seigneur interdit tout à fait la pêche à ses sujets, et il s'en réserve tous les profits par l'amodiation (Archives du Haut-Rhin, fonds de Ribeaupierre, E. 685 et 902). Il est très-regrettable que, dans cette défense absolue de pêcher, on n'ait pas respecté la disposition charitable établie au profit des malades et des femmes en couches. — Les lois du

15 avril 1829 et du 6 juin 1840, ainsi que les ordonnances des 15 novembre 1830, 28 octobre 1840 et 28 février 1842, réglementent actuellement la pêche fluviale.

(35) Faire tanche, c'est-à-dire, épuiser l'eau, la détourner.

(36) Le principe de l'aggravation des peines, quand les délits ont été commis par les fonctionnaires ou officiers chargés de les réprimer, est de nouveau consacré par les articles 198 du Code pénal, 208 du Code forestier et 12 de la loi du 3 mai 1844 sur la police de la chasse.

(37) Les Institutes de Justinien (lib. II, tit. I, § 12 et seq.) et les lois barbares (L. salic., tit. XXXV; Capit. Extrav. c. 36; L. rip., tit. XLII et LXXVIII; L. allem., tit. XCIX) rendaient libre l'exercice de la chasse comme celui de la pêche. Charlemagne fit même défense aux seigneurs qui relevaient de lui de *forestare*, c'est-à-dire de convertir certaines portions de forêts en garenne de chasse (Ducange, v° FORESTARE). Ce principe de liberté, certaines coutumes alsatiques l'ont religieusement respecté. Je citerai notamment la constitution de l'Utfried, dans la principauté des Hanau-Lichtemberg : « Si un honnête homme, domicilié dans le pays, parcourt les campagnes accompagné d'un chien et prend du gibier, il peut l'emporter chez lui et le manger ; personne ne doit l'inquiéter pour ce fait. » (Archives du Bas-Rhin, E. 2743.) — Cependant, dès les premiers temps du moyen âge, la féodalité commença à paralyser cette franchise originelle de la chasse. Pour notre province, le plus ancien exemple de restriction est, à ce que je crois, dans la cession de la forêt de la Hardt à l'église de Bâle par le roi d'Allemagne Henri II, en l'an 1004 : « Præceptum... ut nemo virorum « deinceps potestatem habeat extra voluntatem et licentiam prædicti epis- « copi (basilensis)... in eodem saltu (la Hart)... De genere cervorum, sive « capriolarum, aut aprorum, aut ursorum, aut fibrorum agitare nostro « banno interdicentes, marem, seu feminam, vel saltem aviculam inquie- « tare, quæ dicitur parix, sine caprera præsumat. » (Trouillat, *Monuments de l'évêché de Bâle*, I, p. 145. *Sic*, encore la confirmation de la même donation en 1040 par Henri III. Trouillat, *loc. cit.*, I, p. 167.) — Avec le temps les défenses se généralisèrent. Frédéric II en Allemagne, et saint Louis en France, donnèrent en ce sens des exemples qui furent imités par les seigneurs hauts justiciers de l'Alsace. En effet, en 1502, l'évêque de Strasbourg Albert, Philippe comte de Hanau, Rhunart comte de Deux-Ponts, et le landvogt de Haguenau, annoncent à Guillaume de Ribeaupierre que « dans l'intérêt public, pour mettre un terme aux entreprises du commun peuple, qui se livre de toutes manières à la chasse en négligeant son travail, ce qui conduit les hommes à la misère, et ne laisse aucune trêve au gibier ni le jour ni la nuit, et afin que chacun puisse soigner ses affaires, ils ont arrêté et décrété QUE DÉSORMAIS DANS LEURS PROVINCES, SEIGNEURIES, PROPRIÉTÉS, BAILLIAGES ET TERRITOIRES, TOUT INDIVIDU BOURGEOIS OU PAYSAN, INDIGÈNE OU ÉTRANGER, DOIT RENONCER A LA CHASSE. » (Archives du Haut-Rhin, fonds de la seigneurie de Ribeaupierre.) Ces conseils, identiques dans leurs motifs et dans leur but à ceux des ordonnances prohibitives qui les précédèrent ou suivirent, agirent avec promptitude et efficacité sur l'esprit des Ribeaupierre. Aussi, en 1536 et 1564, ceux-ci

traitent-ils, quant à la chasse, leurs sujets du val d'Orbey avec infiniment moins de libéralité qu'en 1513. Ils les dépouillent de ce droit. Pour eux comme pour les autres hauts justiciers d'Alsace, il s'agissait moins de ne point distraire le commun peuple de ses travaux agricoles, industriels ou mécaniques, que de se ménager à eux-mêmes les plaisirs faciles de chasses réservées ou les revenus abondants de leur amodiation. Les comptes de la seigneurie attestent, en effet, qu'ils ne négligeaient pas cette source de produits (Archives du Haut-Rhin, E. 685 et 902). Et si, par exception, le bourgeois d'Orbey conserve la faculté de poursuivre et de tuer les animaux nuisibles aux personnes, aux récoltes ou aux troupeaux, il doit, ainsi que le roturier lorrain, français et allemand, pour la droiture seigneuriale une redevance symbolique de la privation du droit de chasse : les pattes, la tête coupée selon le bout des oreilles, ou quelques deniers. (Art. 23, 24 et 27 du Coutumier.)

(38) Gabelle, qui d'ordinaire désigne l'impôt sur le sel, est employé ici dans sa signification primitive, *gabium*, impôt, tribut (redevance perçue sur les vins, *Umgeld* . L'exonération des charges dont parle l'article 28 est d'autant plus méritoire qu'elle porte sur le pain et le vin, substances alimentaires de première nécessité.

(39) Allusion nouvelle à l'état primitif de la propriété territoriale! Dans un pays comme le val d'Orbey, où l'éducation du bétail constitue une des principales industries des habitants, la compascuité et le parcours sont des droits d'une haute importance. Aussi, dès la fenaison effectuée, toutes les prairies sont livrées à la dépaissance. En 1513, on *put* se ménager une seconde coupe d'herbes sur une étendue de 20 ares 44 centiares dans le voisinage de la maison. En 1536, on *dut* se la réserver, et, ce qui jusque-là avait été facultatif, devint obligatoire dans l'intérêt de l'agriculture et pour la consolidation de la propriété privée.

(40) La Chandeleur ou Purification : le 2 février, et la Saint-Georges : le 23 avril.

(41) Cette taille de la Saint-Georges, rémunération du pâtre commun, était le châtiment des habitants, qui, après le 2 février, laissaient leurs bestiaux vaguer dans les propriétés isolément et sans gardien.

(42) La chèvre, cette ressource du pauvre, nuit singulièrement à la végétation par sa dépaissance. On a continué à prendre des précautions contre cet animal dans les lois rurale de 1791 (tit. II, art. 18) et forestière de 1827 (art. 78, 110 et 199).

(43) Le droit de clore son héritage résulte formellement du droit de propriété ; il ne peut être contesté à aucun propriétaire, sauf le cas d'enclave (lois des 28 septembre-6 octobre 1791, tit. I, sect. IV, art. 4 et art. 674 et 682 C. Nap.).

D'après l'article 671 du Code Napoléon, les haies vives doivent être plantées à la distance d'un demi-mètre de la ligne séparative des héritages.

(44) Allusion encore à la constitution primitive de la propriété dans le val d'Orbey (voir *suprà*, p. 35, note 32). Jusqu'en 1536 les arbres fruitiers, loin d'être la propriété exclusive du maître du sol sur lequel ils avaient poussé, restèrent indivis entre tous les membres de la communauté,

et les fruits se partagèrent entre eux. On trouve des dispositions analogues à cet usage dans la loi de Beaumont (art. 48), dans la coutume de Lorraine (tit. XV, art. 32) et dans celle de l'évêché de Metz (tit. XII, art. 23). « Arbres sauvages, fruitiers percrus ès terres labourables ou prairies non closes sont de communauté, et n'est loisible au propriétaire du fonds de les couper sans la permission du seigneur haut justicier. » Dans son savant ouvrage sur les marches et les villages, le professeur Maurer cite pour l'Allemagne des exemples d'un partage semblable à celui qui s'effectuait jadis à Orbey.

(45) Mise en liberté provisoirement et sous caution, mesure excellente qui est conservée par l'article 113 du Code d'instruction criminelle.

(46) En général, toutes les civilisations se sont armées de défiances et de rigueurs contre les gens sans aveu et les étrangers. Si quelques codes barbares (L. sal., tit. XLIII, et L. rip., tit. XXXVI) paraissent traiter les aubains sans trop d'hostilité, d'autres (L. burg., tit. XXXVIII et XXXIX ; *Leges* Inæ., c. 23 ; Edwardi, c. 27 ; Æthelstani, c. 2) poussent la suspicion et la sévérité jusqu'à adjuger au roi la personne et les biens de ces émigrants. De là le droit haineux à l'égard des étrangers. Il tire son principe de l'organisation sociale. Au moyen âge, pour jouir dans la société d'une position régulière, tout individu doit *s'avouer* d'un autre homme. L'étranger, tant qu'il n'a pas rempli cette condition, qu'il ne s'est point choisi un protecteur, se trouve par le fait en état d'insurrection contre la loi et l'ordre public. Rebelle et homme sans aveu, il appartient de droit au seigneur haut justicier sur les terres duquel on le rencontre.

C'est en vertu de ce principe que le landgrave de la haute Alsace exerce, en 1031 et 1315, dans certaines communes de la seigneurie de Ribeaupierre, le droit de WILDFANG, c'est-à-dire de s'approprier tout homme libre venant du dehors se fixer sur leur territoire (Schœpflin, *Alsat. dipl.*, nos 880 et 883). Peu à peu on se départit de cette pratique odieuse, de cette chasse à l'homme libre mais étranger, et la condition des aubains s'améliora. Ils finirent par acquérir la même condition que les hommes au milieu desquels ils s'établissaient. (Voir *suprà*, art. 13 du Coutumier, et Bacquet, *Droit d'aubaine*).

(47) Les temps anciens avaient rehaussé la condition du bourgeois par de nombreux privilèges, tels que : le droit de posséder des fiefs, de ne pouvoir être cité en justice qu'au lieu de leur domicile, de ne point répondre au duel judiciaire provoqué par un étranger, etc. Notre article 37 offre un nouvel exemple de ces privilèges. Mais, de toutes les faveurs dont jouissaient les bourgeois d'Alsace, la plus singulière, en même temps que la plus exorbitante, était celle que le Mulhousois s'était arrogée par interprétation d'une charte d'Adolphe de Nassau (anno 1293). Piétry, dans sa *Chronique* (p. 81), la note de la façon suivante : « Le citoyen trouve dans sa maison un asile inviolable ; il ne peut y être arrêté, eût-il même commis un meurtre. Au contraire, sur sa demande les magistrats se forment en tribunal devant sa maison, et il leur répond de l'intérieur et de sa fenêtre quand cela est possible. » (Voir également Zwinger, *Chronique* ; Code manuscrit de Mulhouse, anno 1551, et M. Ersham, *Mulhouse et ses libertés*.) —

Le droit d'asile en Alsace est une matière juridique peu connue dans ses détails. Je prépare un travail sur ce sujet intéressant.

(48) La liberté du commerce et de l'industrie, proclamée par le statut de 1513, reçut successivement des restrictions dans le val d'Orbey.

Ainsi, à partir de 1536, on ne peut être boucher qu'avec permission de la justice (art. 38 du Cout.).

Pour ouvrir cabaret, il faut une autorisation seigneuriale et payer une redevance annuelle de trois livres, quand on appose enseigne à l'établissement (Archives du Haut-Rhin, Bailliage d'Orbey, E. 4). Charles IX en France, et Charles III en Lorraine, avaient tarifé le prix des repas chez les taverniers et hôteliers. Les Ribeaupierre, à leur imitation, promulguèrent des édits somptuaires de 1515 à 1629 (Archives du Haut-Rhin, Seigneurie de Ribeaupierre, E. 706).

Relativement à l'exercice de la boulangerie, je n'ai rien découvert qui l'entravât : malgré cela, je suis tenté de croire qu'elle n'était point exempte de tout obstacle dans la vallée d'Orbey.

Les trois professions précédentes avaient été, au moyen âge, entourées partout de restrictions et de priviléges. En voici, pour l'Alsace, un exemple curieux. A Kogenheim et à Sermersheim, les aubergistes n'ouvraient établissement qu'avec l'autorisation de Mme l'abbesse de Niedermunster et moyennant finances. Dans leur débit, ils devaient avoir deux sortes de vin, du rouge et du blanc. Les honnêtes gens du village en tarifaient le prix après dégustation, et la vente avait lieu suivant leur estimation (Archives du Bas-Rhin. Rotule colonger de 1286. G. 1687). *Adde suprà*, page 27.

Jusqu'en 1791 ces trois professions demeurèrent, en France, sous le coup de prohibitions ou de faveurs analogues à celles que nous venons d'indiquer. La loi des 2-17 mars, en les rendant libres et facultatives quant à leur exercice, les soumit cependant à des mesures de police dans un intérêt de moralité et d'ordre public. — La boucherie est réglementée par les décrets des 6 février 1811, 5 mai 1813, 18 octobre 1829, 24 février 1858 et 28 janvier 1860. — Après des épreuves, le décret du 22 juin 1863 a affranchi la boulangerie de toute entrave. — En revanche, le décret du 5 décembre 1851 ne permet d'ouvrir des débits de boissons à consommer sur place qu'avec une autorisation préfectorale.

(49) Voir Code Napoléon, sur les causes générales de nullité des contrats, articles 1108 et suivants; sur la résolution de la vente pour vilité de prix, article 1658; sur la rescision de la vente pour cause de lésion de plus des sept douzièmes, article 1674; sur la rescision des partages pour lésion de plus du quart, pour dol ou violence, article 887.

Le Code Napoléon n'admet pas la rescision pour cause de lésion dans le contrat d'échange, article 1706.

(50) Il importe de remarquer que le statut arbitre, pour tous les cas de nullité ou de rescision, d'une manière fixe, le montant du dommage et le quantum de l'indemnité. Il crée une pénalité invariable.

(51) Il ne faut pas confondre avec le retrait lignager le retrait successoral, institutions qui, inspirées toutes deux par l'esprit de conservation

des biens dans une même famille, furent jadis légitimes, tandis qu'aujourd'hui elles se trouvent dans des conditions juridiques très-différentes. Le retrait successoral, c'est le droit pour un cohéritier de se faire subroger dans l'achat fait par un étranger des droits successifs de son cohéritier, afin d'écarter cet étranger du partage. Au contraire, le retrait lignager confère, pendant un délai déterminé, à tous les parents du vendeur d'un immeuble la faculté de retirer ce bien des mains de l'acquéreur, en indemnisant ce dernier du prix d'achat et des loyaux frais. En autorisant la première de ces mesures comme avantageuse à l'intérêt des familles (art. 841), le Code Napoléon a écarté la seconde par un motif qui avait déjà déterminé sa proscription de la loi romaine (Loi 19, C. *De contrahenda emptione*). Le retrait lignager est considéré comme une grave injustice et un obstacle à la libre transmission des biens. Il se rattache à la constitution primitive de la propriété et de la famille. En effet, la terre, par une sorte d'indivision, mieux formulée dans les faits que dans les principes, semble, à l'origine, appartenir à tous les membres d'une même famille. Et quand le propriétaire, pressé par un motif puissant, la faim ou une mort imminente, veut vendre son bien, il doit l'offrir à ses parents, en commençant par les plus proches, et il ne recouvre sa liberté de disposition en faveur d'un étranger que sur leur refus d'acquérir (*Leges Wallicæ*, lib. II, c. 15, 17, et lib. IV, c. 85; L. sax., tit. XV, § 3, et tit. XVII, § 1). Voilà ce qui, dans les lois anciennes, sert de fondement au retrait lignager. Maintenue dans les traditions alsatiques par les diplômes, par les coutumiers (Livre des fiefs, lib. II, tit. XXXIX, et lib. V, tit. XIII; *Leges Burcardi*, ch. II et VI; *Miroir de Souabe*, ch. CXII, § 3) et les statuts municipaux, cette institution est restée en vigueur jusqu'en 1790 dans toute la province, excepté à Colmar, où elle ne fut jamais admise (Ballet, *Conférences*, p. 70). Les règles pour intenter l'action en retrait variaient singulièrement, suivant les localités, soit quant au délai, soit quant aux formalités requises. L'article 40 du Coutumier indique celles qu'on suivait particulièrement dans le val d'Orbey. Ajoutons, pour les compléter, que le retrait pouvait être exercé par tout parent du vendeur du côté et ligne qui avait mis le bien dans la famille, que ce parent fût le plus proche ou le plus éloigné, peu importait, pourvu qu'il se présentât le premier (Conseil souverain, 7 février 1699. Arrêts notables, III, p. 188). Il faut dire encore qu'on avait pris certaines précautions contre le retrayant, afin qu'il ne rendît point l'acquéreur primitif victime d'un dol ou d'une fraude. Ainsi il était parfois soumis à un serment : dans tous les cas, il devait garder le bien retiré pendant un an et jour, sinon l'acheteur évincé reprenait ses droits.

(52) La quarte ou pot équivaut à deux litres, deux litres et demi.

(53) « Les prescriptions, dit Coquille, sont introduictes pour le bien public, à ce que les propriétés des choses, et les droicts ne demeurassent tousjours ou fort longtemps en incertitude qui engendreroit une confusion et désordre en la société des hommes : pourquoi y a esté prefixé un temps certain, dedans lequel chacun deust estre soigneux de rechercher ses droits. » (*Sic* l. I, D. *De usucap. et prescript.*, 41. 3). Le Code Napo-

léon fixe, autrement que le Coutumier d'Orbey, le délai nécessaire pour acquérir par prescription. Le temps requis est de dix, vingt et trente ans, selon les cas : article 2260 et suivants. Comme dans notre statut, les incapables sont protégés contre la prescription par les articles 2251 et suivants du C. N.

(54) De tout temps il a été d'usage, au val d'Orbey, que s'il se trouvait des enfants au décès de l'un ou l'autre des conjoints, ces enfants recevraient, à la diligence du procureur fiscal, un tuteur qui veillerait sur leur personne et leurs biens. Cette prescription paraissant négligée, un décret de 1751 la rappela et prononça une amende de 10 livres au profit de la seigneurie de Ribeaupierre contre le conjoint survivant ou les parents qui refuseraient de faire procéder à cette élection du tuteur (Archives du Haut-Rhin, Bailliage d'Orbey, E. 2). Dans toute l'Alsace, la personne et les biens des mineurs étaient l'objet d'une surveillance particulière (voir les statuts de Colmar, d'Obernai, de Bischwiller, de la Petite-Pierre, du val de Lièvre). Strasbourg, qui aujourd'hui peut encore s'enorgueillir de ses anciennes institutions, avait confié les intérêts des mineurs à un tribunal spécial, dit des *Vogtei-Gericht*.

(55) Cfr. Cout. de Lièvre, articles 35 et suivants, et notre Code de procédure civile, titre *Des saisies*.

(56) La rédaction de 1536 donne la variante que voici :

« Après la mort d'un père et d'une mère, les enfants survivants doivent partager l'hérédité par portions égales ; si l'un d'eux, pourvu par avance, se contente de la dot qu'il a reçue, que ce soit peu ou beaucoup, et s'il n'élève aucune prétention sur la succession, ses autres frères et sœurs, ses cohéritiers, doivent le laisser jouir paisiblement de son lot. Mais dans le cas où il ne voudrait pas se contenter de sa dot, il devra rapporter tout ce qu'il aura reçu auparavant et partager avec ses autres cohéritiers par portions égales. »

(57) Il importe de remarquer les mots : *enfants procréés en loyauté de mariage*. L'innovation date de 1564. Les enfants naturels, chez les Celtes, concouraient avec les enfants légitimes dans la succession de leur père et mère (Waroeus, de Hiberniâ, c. 8, p. 40, édit. 1658. Michelet, *Hist. de France*, I, 148). Même règle dans l'édit du roi lombard Rotharis (c. 150 à 160). Ici les bâtards sont totalement écartés du patrimoine paternel. Notre Coutumier indique cependant, dans l'article 50, en quel cas et à quelle condition, ils peuvent être gratifiés de donations. Leur condition actuelle, sous le rapport successoral, est déterminée par les articles 756 et suivants du Code Napoléon.

(58). Les lois barbares avaient imaginé, dans une même hérédité, différentes sortes de biens, différents ordres de succession et différents héritiers. L'Alsace, à la renaissance du droit romain, rompit avec ces traditions germaniques qui restèrent le droit commun de la majeure partie de l'ancienne France. Fidèle à la législation justinienne, elle fonda l'ordre successoral sur une base indestructible : les droits du sang et l'égalité absolue. Aussi, dans notre Coutumier, point de distinction entre les différents objets de la succession, soit à raison de leur nature (meubles ou

immeubles), soit à raison de leur origine (propres ou acquêts, biens paternels ou maternels); point de distinction suivant le sexe ou la primogéniture des enfants, pourvu qu'ils soient légitimes. En un mot, le patrimoine, masse unique et homogène, se divise entre tous les héritiers par égales parts (Cfr. C. Nap., art. 732 et 745). Cependant le levain des vieux temps persista en deux points qu'il faut mettre en relief.

I. Quoique, en principe, on ne distingue point les biens du père de ceux de la mère, par exception quelques localités de la province avaient retenu la coutume germanique (L. Thuring., tit. VI, §§ 5 et 6; L. Burg, tit. LI, § 3; Leg. Burkardi, § 10; *Miroir de Souabe*, liv. I, ch. CCLXX et CCLXXIII, édit. Seckenberg; *Miroir de Saxe*, liv. I, ch. XXVII) et observaient une double succession mobilière : la *Gerade* des filles, ou *Spindeltheil*, et l'*Herwede* des mâles, ou *Schwerdtheil*. On attribuait aux filles le linge, les vêtements et les bijoux de la mère ; et aux fils, les habits, l'équipement militaire, le cheval et les objets mobiliers à l'usage ordinaire du père. Il est probable que ces dévolutions particulières, minimes en soi et se compensant d'ailleurs réciproquement, ne troublaient pas l'égalité des partages. Si par hasard l'équilibre était détruit, le magistrat avisait à son rétablissement en admettant les deux sexes au partage. Ainsi se passèrent les choses en 1787 à Munster, où le luxe féminin avait pris accidentellement une extension excessive et préjudiciable aux hommes (Archives de la ville de Munster, F. F. 155).

II. Quoique, en principe encore, le droit alsatique répudiât toute distinction de sexe et de primogéniture, cette règle souffrait exception dans le droit de *juveigneurie*.

Il forme, pour les successions roturières, le contre-pied de l'*aînesse* dans les successions nobles : il attribue non pas à l'aîné des enfants, mais au cadet le manoir paternel.

Ce droit n'appartient pas en propre à l'Alsace. Il a été et il est encore aujourd'hui en vigueur dans certaines parties de l'Angleterre, de l'Allemagne, des Pays-Bas et de la Suisse. Jusqu'aux lois des 15 mars 1790 et 8 avril 1791, il a été pratiqué dans le Hainaut, la Flandre, la Picardie, l'Artois et la Bretagne, aussi bien qu'en Alsace (Merlin, *Quest. de droit*, v° Féodalité).

Sa dénomination était empruntée, tantôt à l'état de la personne à pourvoir ou à la place que l'élu prenait dans la famille, tantôt à la manière dont le privilégié exerçait son droit, soit à son profit, soit contre ses cohéritiers; et on l'appelait, suivant ces distinctions *maisneté* en Artois, Picardie et Hainaut ; *madelstade* en Flandre; *quevaise* en Bretagne ; *accès* ou *préférence* (*vorsitzgerichtikeit*) en Alsace.

Dans ces diverses contrées, la juveigneurie n'a jamais eu le caractère étendu et général de l'aînesse. Elle n'a embrassé ni toutes les classes de la société, ni tout le territoire de la province.

Facultative en Alsace pour les nobles et les gens élevés en dignité, elle fut toujours obligatoire pour le commun peuple et la population rurale, mais là seulement où elle était reconnue comme institution; car, coutume essentiellement locale dans notre province, on la rencontre présente ici dans un village et défaillante là tout à côté. Aussi n'en ai-je découvert l'ap-

plication que dans les lieux dont voici la liste : comté de Fereite, Artholsheim, Biesheim, bailliage de Kochersberg, baronie de Bollwiller, bailliages de Juugholtz et de Rumbach, Hesingen, bailliage de Brunstatt, Cernay, Chatenois. Ebersheim, Eguisheim, bailliage d'Escherswiller, seigneurie de Granvillars, Morvillars, Mézire, Théoncourt et Bourogne, comté de Foussemange et Fontaine, seigneurie d'Herlisheim, Hastatt, Wœglinshoffen, Hüsseren et Sulzbach, Hirsingen, comté de Montjoie, Bisch, Emériconrt, Ruderbach et Bruebach, bailliages de Landser, de Ribeauvillé, de Zellenberg, de Guémar et de Sainte-Marie-aux-Mines, comté de Horbourg, seigneurie de Riquewhir, Rouffach, Seppois-le-Bas, prévôté de Traubach, bailliages de Sirentz, de Wittelsheim et de Widensol, comté de Villé.

Je dois ajouter à cette liste le bailliage d'Orbey. Malgré le silence du *Coutumier*, le droit d'accès me paraît avoir été pratiqué dans cette vallée de même que dans toutes les autres parties de la seigneurie de Ribeaupierre.

On peut, sans exagération, reporter l'antiquité de la juveignerie jusqu'aux premiers habitants de l'Alsace, jusqu'aux Celtes. Les lois d'Houël-Da, écrites au dixième siècle en langue galloise, sont justement considérées comme le plus pur et le plus fidèle miroir des usages celtiques. Or, voici, d'après la traduction latine de Wotton, ce qu'elles nous disent de l'institution, objet de nos recherches : « Villanorum filii in fundos paternos non « succedent, communes enim erunt illis cum cæteris villanis. FILIUS « TAMEN NATU MINIMUS CUJUSLIBET EORUM PATRE MORTUO, DOMICILIUM « EJUS JURE HEREDITARIO HABEBIT. » (*Leges Wallicæ*, édit. Wotton, Londres, 1730, in-fol., liv. II, chap. XII, fragm. 10 et seq.) Un cas singulier fait l'objet de la disposition suivante : « Si uno partu femina gemellos pepererit, « et partus iste sit ultimus quem vir ejus ex illâ tulerit, oportet matrem « scire uter eorum NATU JUNIOR fuerit, ut ille ACCIPIAT DOMICILIUM « PRINCIPALE et affirmatione matris res inter ipsos terminabitur, si incer- « tum fuerit uter eorum natu maximus, quis minimus sit, et necesse sit « alterum altero juniorem esse, æquum est ut domicilium principale inter « ipsos æqualiter dividatur, cum ad utrosque æqualiter pertineat... Qui- « dam judices affirmant, quod usquedum certum fuerit uter eorum sit « junior, domicilium debitum, neutri assignabitur. » (Liv. V, chap. V, « fragm. 56, p. 487.) Dans un autre passage des lois walliques, je relève encore sur le partage des successions le texte suivant : « Cum fratres « hereditatem paternam inter se diviserint, FRATER NATU MINIMUS HA- « BEBIT DOMICILIUM PRINCIPALE, cum octo jugeris et instrumento rustico « et omnibus ædificiis paternis et lebete et securi ad dissecanda ligna et « cultro : hæc enim tria pater nec donare nec testamento legare potest ulli « nisi filio natu minimo; et licet oppignerentur nunquam decident. Et « tunc quilibet frater domicilium cum octo jugeris accipiet, et frater natu « minimus dividit et seniores gradatim descendendo eligent. » (Lib. II, chap. XV, fragm. 4, p. 139.) Ainsi la coutume celtique réserve au plus jeune des enfants mâles la maison paternelle, le domicile principal de la famille. Grâce à la politique des Romains et des Germains, qui n'imposèrent jamais de force aux vaincus leur langue, leurs mœurs et leurs lois civiles, elle a survécu à leurs invasions et elle s'est maintenue à travers les siècles jusqu'à

notre âge. Je citerai une triple preuve de sa persistance en Alsace : d'abord le diplôme délivré en 824 par Louis le Débonnaire à l'abbaye d'Ebermunster : « Si quis autem de familia ecclesiæ obierit... JUNIOR « FILIUS si de familia ecclesiæ fuerint cum matre INFEODATUR » (Grandidier, *Histoire d'Alsace*, liv. I, chap. II, p. 158, prob., n° 87); en second lieu, le statut de Ferette, qui, en 1567, qualifie ce privilége du cadet de coutume des ancêtres, observée de toute antiquité et se perdant dans la nuit des temps; enfin les usages locaux.

Voici comment la juveigneurie fonctionnait chez nous dans le dernier état de la législation.

Chez le roturier, bourgeois ou paysan, le manoir paternel appartient au plus jeune des enfants, sans aucune distinction de sexe. Par exception à ce principe, dans certaines localités (Bolwiller, Ingholtz, Rumbach, Hésingen, Brunstatt, Cernay, Ebersheim, Ribeauvillé, Zellenberg, Sainte-Marie, Wittelsheim, Chatenois et Granvillars), le droit d'accès se concentre exclusivement dans la descendance masculine, et, à défaut d'enfants mâles, s'éteint sans jamais passer, comme ailleurs, à la postérité féminine. Lorsqu'il advient aux filles sans concurrence avec des frères, c'est, suivant la règle ordinaire, la plus jeune d'entre elles qui exerce l'option; cependant ici encore une exception et une singularité. Tandis qu'à Montjoie, Hirsingen, Emericourt, Ruderbach et Bruebach, filles aînées et cadettes demandaient au sort la désignation de celle qui retiendrait la résidence de ses ancêtres, à Artholsheim et à Escherswiller l'aînée jouit toujours par préférence du droit d'accès.

La juveigneurie étant la suite d'une qualité de comparaison, on investit du privilége l'enfant qui se trouve le cadet au moment du décès de ses père et mère, et le puîné du fils puîné décédé pendant la vie du père n'acquiert jamais le droit de représenter son auteur dans la succession de son grand-père, sinon à Ferette et à Ebersheim. Il importe peu, d'ailleurs, qu'au moment de l'ouverture de la succession, le cadet soit majeur ou mineur. Deux ou trois statuts locaux exigent toutefois que le juveigneur soit en état de posséder par lui-même et affranchi de toute tutelle ou curatelle. Un arrêt du conseil souverain d'Alsace, en date de 1744, décida que le dernier né d'un premier lit, fût-il seul enfant survivant de cette union, exercerait l'option par préférence au dernier né d'un deuxième lit (Arrêts notables, t. III, p. 289). Mais cette pratique, propre à certains villages était condamnée par le reste de la province, et c'est toujours le cadet du deuxième lit qui, dans l'hypothèse précitée, use du droit d'accès.

Nulle part je n'ai vu qu'on fixât un délai pour intenter cette action. Selon toute apparence, ce délai est le même que pour exercer le retrait lignager, c'est-à-dire variable selon les lieux : ici quinze jours, là trois semaines, et le plus généralement un an et un jour.

En Picardie et en Flandre, la maisneté porte simultanément et sur des objets mobiliers, et sur des biens-fonds.

En Alsace, au contraire, elle est toute immobilière ; elle n'embrasse que la maison paternelle, *Chesal*, *Gülthoff*, sans qu'on se préoccupe de son origine, que la maison provienne du patrimoine du père ou de celui de la mère. Par

maison paternelle, on entend non-seulement le bâtiment d'habitation, mais encore les cours, granges, écuries, jardins, et même les biens emphytéotiques. Pourtant à Guémar, Zellenberg, Sainte-Marie et Ribeauvillé, la préférence ne s'étend à ces dépendances qu'autant qu'elles sont intimement rattachées à la maison. Quand dans l'héritage à partager il existe plusieurs maisons, on procède de la façon suivante : le cadet des enfants prend celle qui lui convient, et les autres maisons sont estimées au profit de ses frères en remontant du plus jeune à l'aîné ; s'il y a moins de maisons que d'enfants, les non privilégiés prennent un immeuble quelconque, jardin, verger, prairie, vigne ou terre arable. Lorsque, au contraire, la succession se compose de plus de maisons que d'enfants, on renouvelle le partage d'après l'ordre précédent; et, dans quelques localités où les mâles sont privilégiés, on attribue ce surplus des maisons aux filles exclues jusque-là, et en commençant par la cadette.

A la différence de l'aînesse, qui *fait*, selon l'expression de Pasquier (*Recherches*, liv. II, ch. XVIII), *au premier-né mâle une plus large part au gâteau*, le droit d'accès respecte scrupuleusement dans notre province l'égalité successorale ; et si le puîné des enfants a l'avantage de garder la maison paternelle, il ne l'obtient pas sans indemniser ses cohéritiers. Des experts, après avoir de concert avec ceux-ci visité la maison de haut en bas, déterminent le taux de la récompense aussi exactement que possible ; et, en cas d'exagération, le magistrat appréciateur suprême augmente ou diminue leur évaluation selon la plus stricte équité. Une fois ces opérations terminées et le prix de la maison arrêté, le juveigneur entre en possession, et solde à ses cohéritiers le prix convenu, soit au comptant, soit à termes amiablement fixés. Le payement de l'indemnité est tellement obligatoire, que si le cadet meurt avant de l'avoir effectué, son fils cadet ne peut recueillir par succession la maison mortuaire, et cette maison est dévolue au plus jeune frère du décédé.

Tel est le droit d'accès en Alsace ; telles sont ses règles.

Maintenant quelle est la cause du singulier privilége accordé au dernier né des enfants ? Cette question a été posée plus d'une fois et elle a reçu les quatre solutions suivantes :

1° L'affection exclusive vouée par les père et mère à l'un de leurs enfants a été tour à tour, selon qu'elle se portait sur le premier ou le dernier né, assignée comme fondement aux droits de juveigneurie et d'aînesse. Les champions réciproques de ces deux institutions ont même prétendu, en s'étayant de l'autorité des livres saints, que chacune d'elles avait été marquée du sceau divin (Bouchel, v° AINESSE ; Macaulay, *Histoire d'Angleterre*, traduction de Peyronnet, I, p. 53). Tiraqueau (*De primogenitura et nobilitate*) a poussé l'exagération encore plus loin : il a soutenu que la prédilection pour l'aîné n'était pas seulement propre à l'homme, mais qu'elle était partagée par tous les animaux vivants dans les airs, sur la terre et dans les eaux. Ses incroyables efforts d'érudition ne nous ont pas convaincu. A nos yeux, la thèse contraire ne serait ni plus vraisemblable, ni plus sérieuse, ni plus concluante. De pareilles théories ne sont que jeux d'esprit. Une loi invariable de la nature, c'est l'amour égal des parents pour tous leurs en-

fants ; et l'exagération de leur tendresse, soit au profit de l'aîné, soit au profit du cadet, n'a été et ne sera jamais qu'une déviation bizarre et déplorable de cette loi. Dès lors, comment asseoir deux institutions dissemblables par leur âge, leur esprit et leur but sur un même fait anomal ? Comment leur donner pour raison d'être, à elles qui ont vécu, à travers les siècles, parallèles et persistantes, un caprice ou une faiblesse de l'homme ? Ces éléments opposés n'offrent point de combinaison possible. Aussi, cette interprétation des origines de la juveigneurie ou de l'aînesse est-elle complétement abandonnée.

2° Dirons-nous, avec certains ennemis du moyen âge (Laya, *Droit anglais*, I, p. 313; Jaucourt, dans l'*Encyclopédie*; Selden), que cette institution de la maisneté prend sa racine dans le *droit du seigneur*. Les seigneurs féodaux revendiquant le privilége de passer la première nuit du mariage avec la femme de leurs tenanciers; ceux-ci, dans la crainte que leur premier enfant fût le fruit de ce libertinage, avaient imaginé de dépouiller ce fils aîné de leur patrimoine, et ils instituaient le cadet pour leur héritier. Pour qu'une pareille opinion mérite crédit, il est de toute nécessité que le droit du seigneur soit antérieur au droit de juveigneurie ; qu'il ait été exercé en Orient aussi bien qu'en Occident, chez tous les peuples où a fleuri le privilége du dernier né; et que cette honteuse redevance ait toujours été acquittée en nature par les vassales. Or, l'histoire apporte des enseignements contraires. Le droit du seigneur, parfaitement inconnu à certains peuples qui ont pratiqué la maisneté, n'apparaît qu'en Occident et au cours du moyen âge. Bien plus, il n'a jamais été soldé, d'après des témoignages impartiaux, que par une prestation en argent ou en denrées. (Michelet, *Origines du droit*, p. 263; Veuillot, *Droit du seigneur* ; Cibrario, *Economie politique*, I, p. 38; Bouthors, *Coutumes d'Amiens*, I. p. 469.) En admettant même, par supposition, l'abus de la force et la redevance en nature, pourquoi la préférence du père tombe-t-elle sur le dernier né plutôt que sur le second des enfants, alors qu'on ne peut invoquer contre celui-ci la présomption d'illégitimité alléguée contre son frère aîné? Ce système n'explique point du tout cette nouvelle bizarrerie. Les invraisemblances et les incertitudes dont il est d'ailleurs entaché le condamnent et le doivent faire rejeter.

3° D'autres auteurs mieux avisés ont produit déjà une explication plus plausible, quoique erronée encore à certains égards. Suivant eux (Littleton, *Coutumes anglo-normandes*, sect. CCXI; *Encyclopédie de* 1785, vis MAISNETÉ et QUEVAISE; Merlin, *Répertoire*, v° MAISNETÉ; Bléiry, dans la *Jurisprudence de la Cour de Colmar*, XXIII, p. 369), la juveigneurie aurait été engendrée et introduite dans les coutumes des peuples par l'esprit de justice des parents envers tous les enfants. Les aînés, outre qu'ils sont élevés, entretenus et établis aux frais de la famille, reçoivent encore dans les fiefs une part plus considérable que leurs frères. La plupart de ces avantages échappent aux cadets; ils échappent surtout au dernier né, qui, « s'il lui manque père et mère, pour cause de sa jeunesse, se peut le plus moins de tous ses frères lui-même aider. » Afin donc de secourir la détresse de ce jeune orphelin, et de lui permettre de subvenir à tous les besoins de la vie, on lui a remis équitablement le meil-

leur lot des successions roturières. Cette argumentation, qui renferme certains aperçus vrais, pèche cependant par plusieurs côtés. Elle méconnaît la haute antiquité du droit de juveigneurie ; elle ne tient pas compte de l'ignorance des fiefs par les peuples primitifs, elle oublie qu'en Alsace le cadet des enfants était privilégié sans aucune distinction de classe sociale (*Arrêts notables*, III, p. 257), et que le fief, tout en admettant pour sa transmission le privilége de sa masculinité, repoussait le droit d'aînesse. Il faut donc chercher une autre solution à ce problème.

4° Le P. du Halde, Montesquieu (*Esprit des lois*, liv. XVIII, chap. XXI), Blackstone (*Lois anglaises*, traduction Chompré, II, p. 342) et Houard (*Anciennes lois françaises*, I, p. 244) nous l'ont donnée. Ils se sont, à mon sens, beaucoup plus rapprochés de la vérité, sans avoir cependant fourni une interprétation tout à fait satisfaisante et complète des origines du droit de juveigneurie. Ils ont proclamé cette institution une loi de l'ordre social chez les peuples pasteurs et les races voyageuses. C'est toujours, disent-ils, le dernier né des mâles qui est l'héritier par la raison qu'à mesure que les aînés sont en état de mener la vie nomade, de conduire les troupeaux et de se livrer au commerce, ils sortent de la maison paternelle avec une certaine quantité de bétail et de marchandises donnés par le père, et ils vont former une nouvelle habitation. Le dernier né des mâles qui reste dans la maison avec son père est donc son héritier naturel.

Cette thèse, justifiée par les récits historiques, n'a d'autre inconvénient que de ne point rendre compte du motif pour lequel, dans les usages alsatiques et quelques autres, la fille dernière née est mise sur un pied d'égalité avec le fils dernier né. Cette lacune, je vais tâcher de la combler en développant les principaux membres de cette thèse au point de vue plus spécial de notre province d'Alsace.

L'émigration des aînés est un fait constant dans la vie des peuples primitifs. Il se reproduit chez les premiers habitants des bords de la Baltique et de la mer Noire, des rives du Danube, du Rhin et de la Tamise, aussi bien que chez ceux de la haute Asie.

La race belliqueuse des Germains et des Scandinaves, comme la race pastorale des Kimri et des Celtes, obéit à cette loi.

« *Apud Danos, pater filios adultos a se pellebat, præterquam unum quem sui juris heredem relinquebat.* » (Guillaume de Jumiége, *Chron. normann.*, lib. I, cap. 1; adde Wheaton, *Histoire des peuples du Nord*, traduction Guillot, p. 210 et 251.)

Pour les Celtes, même témoignage que pour les Normands, et en termes identiques, dans le chroniqueur Walsingham (*Ypodegma Neustriæ*, cap. 1). A cette notion générale sur le sort des aînés, les lois walliques (lib. II, cap. XXX, p. 179) ajoutent cette indication précieuse : A l'âge de quatorze ans, le jeune Celte passait de la puissance du père dans celle du chef politique; il épuisait alors totalement l'autorité paternelle sur sa personne et ses biens, et il formait, grâce à cette dissolution des liens de la famille naturelle, une nouvelle famille pastorale et agricole.

Ces habitudes celtiques et scandinaves étaient, d'après César et Tacite, communes à certaines tribus germaniques.

Elles se maintinrent donc, après les grandes invasions du cinquième siècle, dans quelques régions rurales de la France, de l'Allemagne et de l'Angleterre, là où les conquérants apportèrent des mœurs analogues à celles des populations indigènes, là surtout où le noyau celtique resta plus pur, plus homogène et plus puissant.

Dans notre province d'Alsace, les aînés continuèrent, comme précédemment, à s'éloigner de bonne heure du toit paternel en emportant une dot, et en laissant au cadet le surplus de la succession. Parmi les nombreuses dispositions du Miroir de Souabe qui attestent cette coutume 1re part., chap. CCLXXXIV, CCLXXXV, CCLXXXIX, CCXC, CCXCI et CCCLXXXVII), je me bornerai à citer la suivante (chap. CCLXXXV) : « Si, dans la succession à partager, il existe un bien rural avec une maison habitée par le chef de famille (*Sedel*, *Ansedel*), ce bien échoit aux fils qui n'ont pas encore reçu le subside paternel à l'exclusion de leurs sœurs... S'il n'y a rien autre dans l'hérédité que ce bien rural, il dépend de la volonté et de la générosité des frères de donner à leurs sœurs ce qu'ils jugent à propos... Si, parmi les enfants, il y a plusieurs fils déjà pourvus d'une dot, alors ce bien rural demeure aux fils qui n'ont pas encore été apanagés... Et s'il reste, pour héritiers, des enfants de l'un et l'autre sexe non dotés et non congédiés de la maison paternelle, le bien rustique appartient aux fils de droit et par préciput. » Le Coutumier d'Orbey, au chapitre des Héritances (art. 43), rappelle lui aussi ces habitudes d'émigration naturelles à la famille alsatique. Ces instincts nomades des aînés, éminemment vigoureux aux douzième et seizième siècles, n'ont, au dix-neuvième, rien perdu de leur force ; et aujourd'hui encore, nos jeunes compatriotes vont fréquemment demander à une terre étrangère les ressources de la vie ou un établissement, que le foyer domestique ne leur offrirait, ni avec autant de facilité, ni avec autant d'avantages. Avec de telles mœurs, le manoir des ancêtres restait donc d'une façon inévitable et pour ainsi dire fatale à celui des enfants qui ne s'était point séparé du père, qui ne s'était point établi au dehors, et qui n'avait point été doté par anticipation ; en un mot, le cadet devenait l'héritier naturel et nécessaire du chef de la famille.

D'un autre côté, entre l'institution de la juveigneurie, la nature du sol et la vie pastorale, il existe une relation directe et étroite. En jetant un coup d'œil sur la géographie physique des contrées où ce droit a vécu et prospéré, on s'aperçoit que son existence ne s'est développée et soutenue que dans des conditions tout à fait particulières ; que là où il y avait abondance de prairies, de forêts, de landes, de terres vagues et de cours d'eau ; que là où la vie pastorale a été facile et supérieure à la vie agricole.

Sous ce rapport, l'Alsace, encaissée entre le Rhin et les Vosges, fertilisée par une multitude de petites rivières, riche en gras pâturages de tous temps célèbres, a été non moins privilégiée que d'autres provinces où a subsisté le droit de maisneté (Palatinat du Rhin, grand-duché de Bade, Wurtemberg, Westphalie, Suisse, Hainaut, Picardie, Artois, Flandre, basse Bretagne, comté de Kent, et pays de Galles). Aussi les premiers habitants de notre province, les Celtes, établis au sein de campagnes belles et fécondes, élevaient-ils d'innombrables troupeaux (Schœpflin-Ra-

venez, *Alsace illustrée, passim;* Chauffour, *Hist. d'Alsace,* II, p. 317; Levrault et Rothmüller, *Musée pittoresque,* v° VAL D'ORBEY; César, *De bell. gall.*, lib. IV, chap. II; Strabon, lib. IV, p. 177; Grandidier, *Hist. d'Alsace,* p. 29 et 40).

Ces mœurs pastorales de nos aïeux, après avoir résisté çà et là à la triple révolution de la conquête romaine, de l'invasion germanique et de l'immobilisation de la société sur le sol, sont arrivées indélébiles jusqu'à nous sous l'influence de ces conditions territoriales spécialement favorables.

Pour démontrer l'exactitude de cette assertion, je ne prendrai point d'autre exemple que les localités mentionnées à la page 43. Echelonnées le long des Vosges ou situées en plaine à proximité de cours d'eau, elles nous rappellent, par la désinence finale de leur dénomination, une origine rustique et des domaines isolés d'abord au milieu des champs : elles nous révèlent, à quel genre particulier d'industrie se livraient leurs habitants, par la forme de ces demeures, qui sont encore aujourd'hui, comme au temps de César et d'Ausone, entourées d'un vaste espace gazonné où, dans l'enceinte d'une haie, le bétail prend en liberté ses ébats et sa nourriture (César, *De bell. gall.*, lib. VIII, chap. VIII; Varron, *De re rustica*, lib. I, chap. XIII; Ausone, *Mosellane*; M. Hanauer, *opp. citt. passim*).

A ceux qui seraient tentés de contester ces signes matériels du passé, j'opposerai un autre témoignage irrécusable. Qu'ils ouvrent les diplômes, qu'ils consultent les constitutions de ces campagnes (Schœpflin, *Alsatia dipl.*; M. Hanauer, *Constitutions, passim*, et *supra*, p. 22), ils verront, au chapitre des devoirs imposés aux tenanciers, l'obligation pour les colons d'élever des troupeaux, par suite d'entretenir des prairies, de conserver le sol forestier; ils verront l'obligation d'acquitter les redevances en animaux domestiques aussi souvent qu'en denrées et en argent, si toutefois les deux modes de prestation ne sont point réunis; ils verront les bouviers affranchis de certaines contributions.

Ceci montre quel haut prix on a toujours attaché à l'élève du bétail : elle n'a pas moins d'importance que la culture même du sol, et ne mérite pas moins d'honneur. Ces deux industries sont sœurs; dans la vie des campagnes, elles doivent s'entr'aider et se compléter. Aussi l'on a assis leur prospérité commune sur la même base : l'indivision de la cense du manoir paternel. Cette cense, quel que soit son but, agricole ou pastoral, ou tous deux à la fois, ne peut, à aucun titre et sous aucun prétexte, être morcelée.

Cette indivisibilité de la tenure (Gülthoff) est un fait aussi général qu'ancien et significatif chez tous les peuples qui ont pratiqué la juveigneurie. Des lois tartares et celtiques, elle est arrivée, en passant par le *Miroir de Souabe* et les *diplômes*, dans les coutumes de nos pères (Montesquieu, *Esprit des lois*, liv. XVIII, chap. XXI; L. Wallicœ, lib. II, chap. XII, XV et XVII; lib. IV, chap. LXXXV; lib. V, chap. V; *Miroir de Souabe*, 1re part., chap. CCLXXXV; une charte inédite, déposée aux Archives des Vosges et délivrée en 1464 pour les biens que l'abbaye d'Etival possédait en Alsace, porte : « Si les tenanciers ont plusieurs héritiers, ces hoirs ne doivent diviser la ménantie. Mais *cette ménantie devra demeurer à l'un des héritiers seulement.*) » Elle offrait, quant à la maisneté, l'inappréciable avantage de con-

cilier trois intérêts opposés : — celui des aînés, qui, dotés par anticipation, n'avaient point à rapporter leur avancement d'hoirie à la succession paternelle; — celui du cadet, qui, héritier unique du domaine rural, était plus en mesure par la diminution des frais d'administration d'obtenir dans une vaste exploitation des résultats rémunérateurs de son travail ; — et celui du maître du sol, qui, en face d'un tenancier riche, était mieux assuré du payement des redevances. (Voir *Usements de Bretagne*, Rohan, art. 19 ; Otton Tabor, *Opera varia*, I, p. 947 ; Lettre du bailli de Bollwiller, adressée en 1738 au premier président du conseil souverain d'Alsace.) Cette concentration des forces rurales dans une main unique donnait à la juveigneurie une sorte d'allure féodale, et en faisait dans l'ordre rustique le majorat du puîné. Cette apparente similitude avec l'aînesse sauva notre institution partout où elle était établie, et lui ménagea, au sein d'un milieu social hostile, les moyens de triompher des vives attaques dont elle fut l'objet (Voir ces attaques dans : Furic, *Sur l'usement de Cornouailles ;* Lettre du prévôt de Traubach à M. de Corberon en 1739 ; Garran de Coulon, l'*Encyclopédie*, v° QUEVAISE).

Après avoir expliqué comment, chez quels peuples, dans quelles conditions territoriales et par quelles causes économiques le droit de juveigneurie a été institué et maintenu, je dois dire le motif pour lequel, à mon sens, en Alsace, la fille dernière née a été mise sur la même ligne que le fils dernier né. A l'origine, il n'en était point ainsi. Pour porter la houlette ou manier le soc de la charrue, il fallut, comme pour tenir l'épée, une main virile. La juveigneurie commença, ainsi que l'aînesse, par être le privilége du sexe masculin. Les lois tartares et celtiques s'accordent en ce point : dans l'attribution du manoir paternel, les frères cadets écartent leurs sœurs puînées. La polygamie et la licence des mœurs chez les races nomades et en particulier chez les Celtes explique cette coutume. « La femme, objet de plaisir, simple jouet de volupté, ne semble pas avoir eu chez eux la même dignité que chez les nations germaniques. » (Michelet, *Hist. de France*, I, p. 148.) Au moyen âge on exclut la fille par une autre raison. On redoute de la voir porter par un mariage les biens patrimoniaux dans une famille étrangère. Très-probablement par suite de cette crainte, un petit nombre de localités d'Alsace, de Flandre, de Picardie et de Bretagne, gardèrent cette primitive tradition celtique avec un attachement obstiné jusqu'en 1791. Cependant le privilége de masculinité disparut, ou tout au moins s'altéra. En effet, dans le dernier état de la législation alsatique, la dévolution du manoir paternel s'effectue *en général* au profit du puîné des enfants, sans aucune distinction de sexe ; de plus, dans certaines coutumes où elle était d'abord caduque faute de descendance masculine, les femmes l'obtinrent dans cette hypothèse. Cette double révolution du droit se rattache manifestement à une cause d'un ordre plus élevé qu'une bizarre variété d'usages. Le christianisme avait apporté au monde l'égalité des deux sexes. En son nom, au septième siècle, le moine Marculfe, dans une touchante formule, traitait d'impie l'antique coutume successorale qui spoliait les filles au profit de leurs frères. Longtemps encore après que cette voix se fut élevée en leur faveur, elles res-

tèrent sous le coup de cette injuste déchéance, et elles ne commencèrent à recueillir en qualité de cadettes le manoir paternel qu'après que notre province eut adopté l'admirable système successoral conçu par Justinien.

Ainsi, sauf les modifications dont je viens de préciser l'objet et les causes, le droit du juveigneur est arrivé jusqu'à nous avec le caractère, le but et la physionomie que les races nomades avaient imprimés à son organisation dès les temps les plus reculés.

(59) Le rapport est la conséquence forcée de l'égalité, ce principe fondamental de la loi successorale.—Voir, sur le rapport de la dot, des dispositions analogues à celles de notre coutumier dans le *Miroir de Souabe, landrecht*, ch. 285 (édit. Seckenberg), et le *Miroir de Saxe, landrecht*, t. I, art. 13. Cfr. C. Nap., art. 843 et suiv.

(60) Les articles 1091 et suivants du Code Napoléon fixent la quotité des libéralités permises entre époux avant et pendant le mariage. En autorisant les donations durant l'union conjugale, notre droit actuel s'éloigne de la loi romaine pour se rapprocher des lois barbares, dont l'esprit tendait plutôt à identifier les personnes et les biens des conjoints qu'à les isoler. En effet, les lois franques, salique (tit. XLVIII) et surtout ripuaire (tit. XLIX), encouragent ce genre d'avantages en l'absence d'enfants. Par son article 44, le coutumier d'Orbey les suit dans cette voie. Pas plus que la loi romaine (Beautemps-Beaupré, *Portion disponible*, t. I, p. 341), il ne prescrit la mutualité de la donation, quoique dans le texte nouveau et réformé le mot *ensemble* paraisse requérir cette mutualité, qui est *ordinaire* dans les diplômes (Baluze, t. I, p. 382, 408, 477, 523, 894, 934, 974, etc.), et *obligatoire* dans l'ancien droit français (Loisel, *Institutes*, I, 2, 36). Pas plus que la loi ripuaire, il ne redoute que le mari abuse de sa position pour contraindre la femme, sa pupille, à une libéralité forcée, et il n'impose point, comme certaines coutumes (*Lièvre*, art. 70, *Évêché de Metz*, tit. VIII, art. 2 et 3), à la femme qui fait donation à son mari *un maimbourg besognant en son nom pardevant justice*. Néanmoins, entre la loi ripuaire et la coutume d'Orbey, il y a une différence capitale : l'affectation des biens, bornée dans la première aux enfants, est étendue dans la seconde aux autres héritiers du sang. On ne peut appauvrir les collatéraux au profit d'un conjoint, bien que dans l'ordre des affections ils occupent un moindre rang. Aussi, tandis que chez les Ripuaires un époux peut donner à l'autre tous ses biens en toute propriété; à Orbey, au contraire, il doit borner sa libéralité à un usufruit viager, et réserver la nue propriété aux héritiers du sang. — Le droit celtique statuait déjà comme notre Coutumier, et la disposition de l'article 44 pourrait fort bien avoir cette antique origine. (Laferrière, *Histoire du Droit français*. t. II, p. 845).

(61) Dresser les contrats de mariage avant la célébration de l'union conjugale, éviter dans leurs clauses de porter atteinte aux lois d'ordre public, faire de ces pactes la charte immuable de la famille : voilà le vœu du Code Napoléon (art. 1387 à 1398). Rien de plus opposé à ces maximes que le droit alsatique.

En effet, la rédaction des conventions matrimoniales avant le mariage

n'est point obligatoire ; on les forme aussi valablement après qu'avant la célébration.

Les conjoints qui en ont dressé, peuvent, durant leur union, les changer, les modifier et même les abolir totalement pour s'en référer au statut local. Pour ces annulations, le concours des parents et des tiers n'est requis qu'autant que ceux-ci ont été directement parties stipulantes ; d'un autre côté, il est loisible aux époux mariés sans contrat et par conséquent régis, quant à leurs intérêts pécuniaires, par la coutume locale, d'arrêter les conventions après dix, vingt années et plus de mariage.

Enfin, il n'est point défendu aux contractants de déroger par leurs stipulations à la dévolution légale des successions, et de se créer des avantages qui, en cas de secondes noces, étaient souvent préjudiciables aux enfants. La loi *hac edictali* ne gênait point tout d'abord leur liberté de disposition ; elle ne fut introduite en Alsace qu'en 1743 (Ordonnances d'Alsace, t. II, p. 252).

Par ce qui précède, on voit combien le droit commun de la province s'éloigne de notre régime actuel quant à la confection des contrats de mariage.

(62) En rapprochant le texte ancien du texte nouveau, on voit qu'on a résolu, en 1536, le point resté sans solution en 1513. Ainsi complété, ce système matrimonial forme une variété importante parmi les trois genres principaux qui divisaient, pour ainsi dire, la province en zones distinctes : au centre, la dévolution ; au nord, la communauté d'acquêts ; au sud, la communauté universelle, et qui avaient leur type dans le droit de Colmar, de Strasbourg et de Ferette. Analysons rapidement chacun de ces régimes, afin de montrer les analogies et les dissemblances avec notre coutumier.

I. La dévolution, empruntée au droit statutaire de Cologne, avait été transplantée en Alsace par les Césars germaniques, qui, à partir de 1278, en avaient successivement doté Colmar et les autres villes impériales ; elle y gouvernait les unions conjugales à défaut d'accords spéciaux.

Dans ce régime, tous les biens des époux, sans aucune exception, forment pendant le mariage une masse unique qui, à sa dissolution, se sépare en deux lots : l'un mobilier, l'autre immobilier.

Tous les immeubles, quelle que soit leur origine, sont attribués exclusivement en nue propriété aux enfants issus du mariage, et en usufruit viager au conjoint survivant. Il va de soi que leur aliénation ne s'opère qu'en cas d'extrême nécessité, par permission spéciale du magistrat et avec le consentement des nus propriétaires. Lorsque les enfants saisis de la dévolution meurent avant leur auteur, *ab intestat*, et sans postérité, ou lorsque le mariage n'a point produit d'enfants, le survivant des époux conserve tous les immeubles de la communauté par droit de succession dans la première hypothèse, et par droit de donation dans la seconde.

Quant aux biens meubles, il les prend tous, et, maître absolu, il en dispose à son gré et sans contrôle.

En retour de ces avantages, il a la charge d'acquitter toutes les dettes mobilières de la communauté et les intérêts du passif immobilier.

Pourvoir à l'entretien, à l'éducation et à la dotation des enfants, c'est

encore son affaire. Lorsque le conjoint survivant convole à de secondes noces, quelques statuts locaux lui infligent, à titre de peine, l'obligation de donner aux plus proches héritiers de son conjoint prédécédé, le mari un tiers, et la femme deux tiers des meubles recueillis dans la communauté (Pierre Stockmann, *De devolutione tractatus*).

II. Dès le douzième siècle, Strasbourg avait inauguré entre époux la communauté d'acquêts avec réserve des apports mobiliers et immobiliers. Ses *jura et leges* avaient modelé cette société, quant à ce qui constitue l'acquêt conjugal, sur la loi romaine *Pro socio*, et, une fois les dettes payées et les reprises des conjoints prélevées, l'actif restant était partagé entre les époux ou leurs héritiers. Mais l'office du mari étant d'acquérir et celui de la femme de conserver, on avait déduit de cet axiome une proportion inégale dans la distribution des profits ; on en avait, conformément à la loi ripuaire (tit. XXXVII, § 2 ; Marculfe, lib. II, form. 17), attribué deux tiers au mari et un tiers à la femme. En outre, le survivant des conjoints tirait préciputairement quelques meubles de la communauté ; la femme, un vêtement complet, ses linges, voiles, bijoux et quelque vaisselle ; le mari, ses vêtements, sa monture, son équipement militaire, agricole ou industriel (Schilter, *Codex manuscriptus* et les notes). En dehors de Strasbourg et de ses dépendances, un grand nombre de localités de la basse Alsace : Benfeld, Rouffach, Roderen, Roschwir, Chatenois, le comté de Ban, Marmoutier, le Kochersberg, Obernai, Molsheim, Reichstett, Saint-Nabord, Ribeauvillé, etc., suivaient ce régime, nuancé par d'insignifiantes variantes. Elles étaient plus notables dans le statut donné vers 1570 à la principauté de la Petite Pierre par George de Weldentz. Je n'en relèverai qu'une seule, et elle est importante : c'est l'égalité du partage entre les époux.

III. La coutume de Ferette demeura une tradition non écrite de la haute Alsace jusqu'en 1567. A cette date, et sur l'ordre de l'archiduc d'Autriche Ferdinand, elle fut recueillie par l'intendant et le greffier du comté Valentin Holdtein et Conrad Bapstein. Voici littéralement ses prescriptions en matière matrimoniale : « Si deux personnes contractent mariage, et si l'une décède sans héritiers directs, les biens immeubles formant l'apport du défunt retournent à ses plus proches héritiers. Quant aux apports mobiliers du prédécédé, et quant aux biens que les deux conjoints ont hérités, achetés, reçus ou acquis de toute autre manière pendant leur union, que les biens soient meubles ou immeubles, ils forment une masse commune (*active* et *passive*) dont le mari, si la femme meurt la première, prend les deux tiers, tandis que l'autre tiers appartient aux héritiers légitimes les plus proches de la femme décédée ; mais si la femme survit au mari, celle-ci prend le tiers de la masse, et les deux autres tiers appartiennent aux plus proches héritiers du mari. » A Ferette, ainsi qu'à Strasbourg, il était encore d'usage que le survivant des conjoints prélevât, à titre préciputaire, quelques objets mobiliers de la communauté. Ce statut avait fini par étendre son empire sur tous les villages du Sundgau (Dagon de la Contrie, Statutaire, *passim*), et sur le comté de Dabo (*Jurisprudence de la cour de Colmar*, III, p. 493). La communauté universelle adoptée par la vallée de Lièvre différait de celle de Ferette en des points notables qui seront aisément relevés à la lecture de la Coutume de 1586 :

« ART. 66. — La coutume est au val de Lièvre, qu'en traitant les mariages doivent des douaires à leurs femmes (appelées anciennement d'*heulèze*), et l'homme décédant sans avoir d'enfants avec sa femme, icelle prend d'*heulèze* (appelé aujourd'hui *douaire*) appointé au traité de mariage, ou le tiers des acquêts qu'ils ont faits durant leur communauté, lequel il lui plaît le mieux avec tous biens meubles et héritages qu'elle aurait apportés en mariage de ce qui peut encore être en apparence, et le mari de même.

« ART. 67. — Si un père avait donné à sa fille une somme d'argent en mariage, et qu'elle mourût sans enfants, son mari est tenu de rendre au père la dite somme, et s'ils en ont acqueté aucuns biens, en prend le dit père le tiers au nom de sa fille, avec tous autres biens que sa fille aurait apportés avec son dit mari.

« ART. 56. — La coutume est telle qu'après la mort de l'homme ou de la femme, les hoirs du premier décédé soient ses enfants, frères ou autres prochains parents, viennent partager tous biens, meubles ou héritages contre le survivant ; à sçavoir : les héritiers de l'homme prennent les deux tiers et ceux de la femme l'autre tiers, et payent aussi les dettes à l'équipollent, chacun suivant sa portion. Toutefois, faut noter ici que la femme morte ayant enfants ensemble, le père survivant ne peut être contraint de faire partage, s'en peut servir s'il se remarie ou non ; et si les enfants viennent à être mariés, il est contraint de leur rendre le tiers de la mère, mais non auparavant. Mais l'un ou l'autre morts sans hoirs procrus d'eux, est le survivant contraint de faire partage entre les hoirs du décédé, comme il est dit ci-dessus.

« ART. 57.— Après la mort de l'homme ou de la femme décédés sans hoirs de leurs corps, délaissant d'anciens héritages, retournent à son étoc et ligne, et se font tous partages et divisions des biens meubles et acquêts comme ci-dessus. »

Telle est la physionomie générale des principaux régimes matrimoniaux de l'Alsace Ils n'étaient pas à l'abri de la critique. On reprochait à la Dévolution son injustice envers les enfants qui étaient spoliés au profit d'un de leurs auteurs par la mobilisation de la fortune immobilière ou par une prolongation extraordinaire de la jouissance des immeubles. On reprochait à la communauté universelle son injustice envers la femme, qui, dans le partage inégal de l'actif, était souvent privée d'une fortune dont elle était l'auteur. Pour échapper à ce double inconvénient, on recourait d'ordinaire à une stipulation de communauté d'acquêts, et cette forme de conventions matrimoniales était, il faut le reconnaître, le régime prépondérant dans la province.

(63) Dans toute l'Alsace, sauf dans la ville de Schlestadt, les père et mère survivants succédaient, contrairement à la novelle 118 (chap. 2) et aux dispositions du Code Napoléon (art. 750 et suiv.), à leurs enfants morts *ab intestat* et sans postérité, et excluaient les frères et sœurs germains du défunt. *Tristis et luctuosa hereditas!* Voir sur ce point *Miroir de Souabe*, chap. CCLXXXVIII, § 2.

(64) Fût-ce de valeur, c'est-à-dire valable.

(65) La représentation est une fiction légale par laquelle le représentant

prend la place, le degré et les droits du représenté. Elle a lieu à l'infini pour la ligne directe descendante : elle ne profite, au contraire, qu'aux enfants d'un frère ou d'une sœur prédécédé dans l'ordre collatéral (art. 739 à 744, C. Nap.). Cette mesure de justice, empruntée à la loi romaine (*Instit.*, lib. III, tit. 1, § 15 ; — C. Théodos., lib. V, tit. 1 ; — novelles 118 et 127), eut, avant de s'implanter en Alsace, beaucoup à lutter contre les antipathies de la race germanique. Chilpéric et Childebert II l'avaient bien décrétée au sixième siècle ; mais cette tentative fut moins heureuse chez les Austrasiens que celle de Chwindaswinde et de Grimoald chez les Wisigoths et les Lombards. En effet, durant le règne des Mérovingiens et des Carlovingiens, la loi, aux prises avec les préjugés, succomba sous des mœurs et des habitudes contraires. A la fin du dixième siècle, la question de la représentation, agitée à nouveau, embarrassait les jurisconsultes. Pour savoir si les enfants d'un fils prédécédé partageraient avec leurs oncles la succession de leur grand-père, l'empereur Othon le Grand ordonna un duel en 973. Le champion qui combattait pour les oncles ayant été vaincu, l'assemblée de Stelle admit aussitôt la représentation en Allemagne (Witikind, *Hist. de Saxe*, lib. II, t. I, p. 644, *apud Meibomium*). L'Alsace, rattachée depuis peu de temps à l'empire germanique, recueillit le bienfait de ce jugement de Dieu, et en conséquence, dans les successions en ligne directe, les représentants prirent la place du représenté *per stirpes et non capita*. (*Livre des Fiefs*, lib. I, tit. VIII et XIX ; — *Miroir de Souabe*, lib. II, chap. v, édit. Matile ; — Statuts des villes d'Alsace ; — Coutumier d'Orbey de 1513.) Pourtant cette décision ne vidait pas toutes les difficultés de la matière. Dans l'ordre collatéral fallait-il transporter le principe de l'ordre direct ? Fallait-il admettre la représentation ? Nouvelles incertitudes parmi les jurisconsultes. Charles-Quint les soumit en 1521 à la diète de Worms. On prit dans cette assemblée et sur ce point une résolution qui devint loi générale de l'Empire, et qui, notifiée de suite officiellement aux Ribeaupierre (Archives du Haut-Rhin, Seigneurie de Ribeaupierre, E. 63o), fut inscrite dès 1536 dans l'article 49 du Coutumier d'Orbey. Ainsi s'acheva dans ce bailliage le triomphe des droits du sang, et leur victoire complète rend notre statut infiniment supérieur aux coutumes françaises (voir leur liste dans Merlin, *Répert.* t. XI, p. 594), qui, trop fidèles à l'esprit germanique, ont constamment rejeté de leurs dispositions le principe si équitable de la représentation.

(66) Il s'agit ici de libéralités de dernière volonté. Avant l'invasion des Gaules, les Germains ne connaissaient point le testament. (Tacite, *De mor. Germ.*) Après la conquête, ils empruntèrent cette manière de disposer au droit romain ; et, sous l'action du clergé, les formalités requises par cette législation pour la confection et la validité de ces actes furent singulièrement simplifiées. Il suffit dès lors que le testateur, assisté de quelques témoins, déclarât sa volonté en présence, soit du curé de sa paroisse, soit d'un officier public. Notre Coutumier prescrit cette dernière marche, tandis que dans certaines coutumes françaises (Paris, Melun, Troyes, Vitry, Chartres, Angoumois, Normandie) le disposant adoptait à son gré la forme civile ou la forme canonique. Adde ord. de 1735, art. 25 et C. N., art. 971.

(67) Si jadis on n'aimait pas l'immixtion d'un pouvoir dans les attributions d'un autre, on n'avait pas nos idées sur la séparation des pouvoirs. On les distinguait plutôt qu'on ne les séparait. En effet, dans notre Coutumier, les élus du peuple sont à la fois juges, législateurs, administrateurs, officiers ministériels ou publics. Ici, le prévôt et la justice reçoivent les contrats et remplissent les fonctions de notaire : ailleurs, ils sont investis des autres fonctions que nous venons d'énumérer. (Voir *suprà*, p. 21 note 8.)

(68) Au lieu des mots : *à qui leur plaira*, le texte de 1536 porte : *à des bâtards, à des serviteurs ou autres*. J'ai déjà relevé ci-dessus la force et le développement qu'avait acquis, dans la société du moyen âge, le principe de l'affectation des biens à la famille. L'addition faite en 1564 au texte de notre article est une nouvelle preuve de la prédominance de cet esprit.

Dans notre droit actuel, quand le donateur n'a ni ascendants ni descendants, il peut, par ses libéralités entre-vifs ou testamentaires, épuiser la totalité de ses biens (art. 916). Mais, lorsqu'il existe des héritiers à réserve, des enfants ou des ascendants, ses dispositions à titre gratuit sont limitées à la moitié, au tiers ou quart de son patrimoine, selon diverses hypothèses (art. 913, 914 et 915, C. Nap.).

(69) *Epilogue.* — Même épilogue en 1536 qu'en 1564, sauf : 1° la substitution du nom de Guillaume à celui d'Egenolphe, et 2° la différence de date, *le mardi des fêtes de Pâques en l'an de Notre Seigneur* 1536.

(70) Une note allemande ajoutée au Coutumier de 1536 indique que le statut de 1564 a été approuvé par Egenolphe le 20 *mars*, tandis que le texte inséré ci-dessus dit le 17 *mars*.

Ed. Bonvalot,
Conseiller à la Cour impériale de Colmar.

UN

PROCÈS DE MAINMORTE EN FRANCHE-COMTÉ

EN 1772.

Le droit de mainmorte est l'un des moins connus des anciens droits seigneuriaux. Né de l'abus du pouvoir, dans un temps où les seigneurs se servaient de leurs serfs pour défricher les terres de leurs domaines, il a paru à quelques auteurs un adoucissement de cet esclavage. Le seigneur crut faire un don aux vilains soumis à son autorité, en leur concédant quelques portions de terres en friche, dont il se réservait de reprendre la possession, si ceux-ci mouraient sans enfants. Les écrivains favorables au droit de mainmorte, l'ont considéré comme un contrat *do ut des*, par lequel les seigneurs avaient tiré de la misère ceux qui recevaient ces concessions. Le président Bouhier, l'un des plus ardents défenseurs de ce droit, s'exprimait ainsi : « Le bien public, en cela, s'accorde avec celui des seigneurs ; car, suivant la « remarque judicieuse de Godefroy, *reipublicæ interest, ut censiti « terræ inhærent*. Tout le monde sait que le produit principal des « revenus d'un Etat dépend du produit des terres. Il faut donc « avoir attention qu'elles soient bien cultivées, et l'expérience « nous apprend qu'elles le sont avec plus de soin dans les lieux « de mainmorte que dans les autres, où, le plus souvent, elles « tombent en friche, faute de cultivateurs... Uniquement occupés « de l'agriculture, on ne voit pas les mainmortables se fatiguer en « procès, ou aspirer à des possessions qui les détournent du mé- « tier de leurs pères. Ils ne songent qu'à faire fructifier la terre « et à multiplier le nombre des citoyens, ce qui fait en même « temps la force et la richesse de l'Etat. Aussi, loin de les « plaindre comme on le fait communément, il faudrait s'écrier « avec le poëte :

> « O fortunatos nimium sua si bona norint
> Agricolas... »

Cette pensée était loin d'être partagée par tous les jurisconsultes. Dumoulin disait, en parlant de la mainmorte : « *Quod*

nihil magis impium, nihil homine christiano magis indignum esse aut reperiri queat. » Ducange, dans son Glossaire, regarde ce droit comme un véritable esclavage, et cite à l'appui de son opinion une charte de l'abbé Suger, de l'an 1152, qui le définit ainsi : « *Exactio consuetudinis pessimæ quæ manus-mortua dicitur,* » et un passage d'une chronique d'un évêque d'Autun, publiée en 1162, qui dit : « *Servitus manus-mortuæ humani generis inhumana.* »

Au dix-huitième siècle, ce droit seigneurial était combattu par la plupart des auteurs, et le parlement de Paris déclarait, dans de nombreux arrêts, qu'il n'y avait pas et ne pouvait y avoir en France de mainmorte personnelle, ni de droit de suite ou d'esclavage. Le plus célèbre de ces arrêts fut rendu le 17 juin 1760 entre le marquis de La Tournelle et un héritier du sieur Truchot, sur les conclusions de l'avocat général Séguier. Ce magistrat, après avoir combattu avec énergie le droit de mainmorte réclamé au nom du seigneur, se résumait ainsi : « La douceur de nos mœurs, épurées par des principes d'humanité, nous fait regarder tout ce qui tend à l'esclavage comme odieux et défavorable ; notre religion elle-même, dont la morale respire la liberté, ne nous permet pas d'applaudir aux fondements et aux effets de cette espèce de servitude. »

Quoi qu'il en soit, le droit de mainmorte continuait de subsister en France avec ses déplorables conséquences. Un édit du roi, du mois d'août 1779, l'avait aboli d'une manière expresse et complète dans toutes les terres de ses domaines, et avait engagé les seigneurs laïques et ecclésiastiques à suivre cet exemple ; mais il se perpétua en dehors des domaines du roi, et ne fut complétement supprimé que par le décret du 4 août 1789, confirmé par la loi des 15 et 18 mars 1790.

Il est difficile de définir exactement le droit de mainmorte ; il variait suivant les provinces et les coutumes. Ce nom même est employé, dans le droit ancien, avec deux significations distinctes. On appelait *gens de mainmorte* les corps et communautés perpétuels qui, par une subrogation successive de personnes regardées comme étant toujours les mêmes, ne produisaient aucune mutation par décès, et ne pouvaient disposer de leurs biens sans l'autorisation du prince et de la justice. Les immeubles concédés par ces corporations ou communautés prenaient

aussi le nom de *biens de mainmorte*. Mais dans un autre sens, le seul dont nous ayons l'intention de nous occuper dans ce travail, le même nom désignait un droit seigneurial dont nous étudierons les effets. Dans ce dernier sens, la mainmorte est définie par Merlin[1] « un droit que les seigneurs se sont très-anciennement arrogé par la force et par la pauvreté de ceux qui s'y sont soumis, et en vertu duquel les hommes se trouvent réduits à la condition servile, attachés à la glèbe, privés quelquefois du droit de disposer de leurs biens, obligés de les laisser au seigneur, et quelquefois aussi poursuivis par ce seigneur en quelque endroit qu'ils aillent faire leur résidence. »

La soumission et la reconnaissance de ce droit étaient, dans certains cas, purement volontaires. De pieux individus faisaient, par des motifs de religion, l'abandon de leurs propriétés à des moines ou à des seigneurs ecclésiastiques. La soumission avait alors lieu avec un cérémonial spécial que nous trouvons relaté par M. de Glatigny[2]. « La cérémonie du dévouement se faisait dans l'église ; le prosélyte s'approchait de l'autel, il y plaçait dévotement ses mains, y courbait sa tête, et, dans cette situation, prononçait la formule de sa profession. Il déclarait qu'il offrait à Dieu, à la sainte Trinité et aux saints patrons de l'église, ses biens et sa personne ; qu'il s'engageait à les servir comme esclave pendant tout le temps de sa vie. Les plus zélés s'entouraient le col d'une corde pour exprimer le sacrifice entier qu'ils faisaient de leurs biens et de leur vie. » Mais, dans la plupart des cas, le droit de mainmorte ne résultait pas d'une soumission volontaire : elle était la condition des concessions de terres faites par le seigneur aux habitants qui s'établissaient sur ses domaines.

Il serait long et difficile de rechercher quels étaient, dans les différentes provinces, les effets du droit de mainmorte. Il faudrait feuilleter de nombreux historiens, étudier les diverses coutumes, et peut-être ce travail ne donnerait-il encore que des notions incertaines. Mais on peut constater, dans certains mémoires du temps, les principales conséquences de ce droit seigneurial

[1] Merlin, *Répertoire de jurisprudence*, v° MAINMORTE.

[2] De Glatigny, *Dissertation sur la servitude et son abolition en France*, p. 351.

qui s'est perpétué jusqu'à la fin du dix-huitième siècle. Le hasard a fait tomber entre nos mains, les pièces authentiques d'un procès de mainmorte intenté en 1772 dans la province de Franche-Comté. Il nous a paru intéressant de publier, à titre de document historique, une partie des mémoires écrits à l'occasion de ce procès, qui feront connaître les conséquences que ce droit avait encore à cette époque, pour les mainmortables. La réponse des seigneurs aux plaintes de leurs serfs permet d'apprécier d'une manière exacte l'étendue du droit qu'ils prétendaient leur appartenir.

D'après Dunod [1], la mainmorte était, en Franche-Comté, la condition commune des gens de la campagne. La difficulté de cultiver les montagnes qui couvrent une grande partie de cette province, avait forcé les seigneurs à attirer autour d'eux, à l'aide de concessions, des hommes robustes et laborieux qui fussent constamment attachés à leurs travaux. Ces concessions furent faites sous la réserve du droit de réversion au seigneur dans certains cas déterminés. En général, les effets de cette réserve étaient de deux sortes dans cette province. Elle empêchait le mainmortable de disposer de ses biens par acte de dernière volonté, si ce n'est au profit des parents qui vivaient en commun avec lui. De plus, les biens ainsi concédés ne pouvaient être aliénés ni hypothéqués sans le consentement du seigneur. Dans ce cas, l'acquéreur devait payer au seigneur un droit de mutation, fixé le plus souvent à un sou pour livre. Celui-ci avait en outre le droit de retenir l'objet vendu en se mettant au lieu et place de l'acquéreur. Cette dernière réserve s'appelait *droit de lods* et était un accessoire du droit de mainmorte.

Les conséquences de la première de ces conditions, étaient terribles pour le mainmortable. Il ne lui suffisait pas, pour y échapper, de ne pas faire de testament au profit d'un étranger. Le bien de mainmorte ne passait aux enfants du possesseur, lors de son décès, que si ces enfants avaient continué à résider avec lui. Un exemple, que nous trouvons dans un écrit publié en 1773 [2], donnera une idée précise des rigueurs de cette position.

[1] Dunod, *Traité de la mainmorte.*

[2] *Dissertation sur l'établissement de l'abbaye de Saint-Claude*, p. 77.

La paroisse des Bouchoux, située dans le mont Jura, faisait partie des domaines de l'évêque de Saint-Claude, et était assujettie au droit de mainmorte. Un père de famille de cette paroisse tomba malade au mois de mai 1770. Deux jours avant sa mort, le fermier du chapitre présenta une requête au juge[1] pour être autorisé à mettre les scellés sur les biens de la succession. Ces formalités sont remplies le jour même du décès, et la cabane est occupée par le fermier du chapitre et des records, malgré la présence d'une fille du défunt qui résidait avec son mari dans la maison de son père depuis dix-huit années, et y avait eu quatre enfants. Le chapitre soutenait qu'elle avait passé les six premiers mois de son mariage dans la famille de son mari, et que cette absence suffisait pour rompre la communion d'habitation qui, seule, permettait au mainmortable de transmettre ses biens à ses enfants. La fille du défunt s'adressa à la justice supérieure, et obtint du parlement de Besançon, par arrêt du 14 juin 1771, l'autorisation de prouver qu'elle avait passé chez son père la première nuit de ses noces : fait suffisant, aux termes de la coutume, pour conserver les avantages attachés à la communauté d'habitation.

Il est facile de comprendre combien des faits de cette nature soulevaient les plaintes et les récriminations des mainmortables. A la fin du dix-huitième siècle, tous cherchaient à secouer le joug de ce droit seigneurial, et les arrêts favorables du parlement de Paris encourageaient ces résistances. C'est un procès de cette nature qui a donné lieu à la production des mémoires que nous allons reproduire en partie. Mais, pour en bien comprendre la portée, il est utile de faire connaître en peu de mots l'histoire de l'abbaye seigneuriale contre laquelle il fut intenté.

L'abbaye de Saint-Claude, située dans une gorge étroite du plateau supérieur des monts Jura, était l'une des plus anciennes et des plus riches abbayes de la France. Etablie sur les restes d'un monastère, fondé dès le cinquième siècle de l'ère chrétienne par de saints anachorètes qui s'étaient retirés dans ces montagnes alors inaccessibles, elle porta longtemps le nom de

[1] La justice était alors administrée dans ce domaine par un tribunal nommé *la haute judicature*, dont les juges étaient nommés par l'évêque.

Saint-Oyant, l'un de ses premiers fondateurs[1]. Une charte de Charlemagne, confirmée et augmentée par un diplôme du roi Lothaire, avait donné au monastère une grande étendue du mont Jura et des forêts qui couvraient ce pays. Ces concessions, étendues plus tard par plusieurs des ducs de Bourgogne, devenus princes de la Franche-Comté, furent confirmées après la conquête de cette province par lettres patentes du roi Louis XIV, en date du mois d'avril 1668.

Pendant cette longue période de siècles, l'abbaye s'était considérablement augmentée : des villes ou villages s'étaient élevés au milieu de ces montagnes arides. Les abbés de Saint-Oyant qui avaient pris, vers la fin du douzième siècle, le titre d'*abbés de Saint-Claude*, du nom d'un de leurs chefs les plus vénérés, avaient attiré autour d'eux de nombreuses populations. De rudes travaux étaient nécessaires pour défricher les forêts ; l'abbaye avait eu à soutenir des luttes fréquentes avec les seigneurs voisins. Suivant les habitudes féodales, elle s'était entourée de nombreux vassaux à l'aide de concessions territoriales; mais elle n'avait eu garde d'oublier de les soumettre au droit de réversion et de mainmorte, en usage dans la province de Franche-Comté, et, chaque fois que de nouveaux villages se formaient sur les terres du domaine de l'abbaye, les habitants étaient appelés à reconnaître la mainmorte générale et territoriale des terres qui leur étaient concédées, soit entre les mains des abbés eux-mêmes, soit par des actes dressés par des notaires ou tabellions commis à cet effet par le parlement de Franche-Comté, qui siégeait à Dôle.

Vers la fin du douzième siècle, la ville de Saint-Oyant ou de Saint-Claude, bâtie autour des murs de l'abbaye, avait obtenu le droit de bourgeoisie, d'où découlait celui de former une administration municipale composée d'un certain nombre d'échevins et de prud'hommes. Mais les abbés, seigneurs du vaste domaine de l'ancien monastère, avaient conservé le droit de justice. Il était exercé par le cellerier de l'abbaye, qui tenait ses assises à des époques déterminées, et jugeait les affaires d'après

[1] Le monastère qui donna naissance à l'abbaye de Saint-Oyant étai connu dans les chartes anciennes sous le nom de *condat*, vieux mot celtique qui signifie *confluent*. Il était situé au confluent de la Bienne et du Tacon, où se trouve aujourd'hui la ville de Saint-Claude.

la coutume du pays. Ce n'est que vers la fin du quinzième siècle qu'un des religieux, nommé par le prieur, fut chargé, sous le titre de *grand juge*, de connaître des appellations des sentences du cellerier. Le grand juge tenait ses assises quatre fois par année. Les affaires criminelles étaient, à cette époque, soumises aux bourgeois notables sous la présidence du *mayor*, ou maire de la ville; les juges ordinaires ne pouvaient, en leur qualité de prêtres ou de religieux, connaître des affaires de cette nature.

En 1530, Pierre de la Baume, abbé de Saint-Claude, investit un laïque des fonctions de grand juge. Depuis cette époque, la juridiction civile et criminel fut confiée à un tribunal laïque qui prit le nom de *grande judicature*. Il se composait d'un grand juge, d'un lieutenant, d'un procureur fiscal et d'un greffier. En 1640, on y adjoignit un troisième juge, nommé par le roi, avec le titre d'assesseur. La grande judicature connaissait de l'appel de tous les jugements rendus dans les bailliages et prévôtés dépendant du domaine de l'abbaye.

Si la ville de Saint-Claude, où se trouvait le siége de l'abbaye, avait peu à peu obtenu ses franchises[1], il n'en était pas de même des villages qui s'étaient formés sur les terres du domaine. Les habitants des vastes campagnes placées sous la suzeraineté des abbés de Saint-Oyant, restaient soumis à l'exercice des droits seigneuriaux, et notamment assujettis aux conséquences du droit de mainmorte. La sécularisation de l'abbaye, décrétée en 1742, avait été suivie de l'érection d'un évêché dans la ville de Saint-Claude, et le chapitre avait hérité de tous les priviléges et droits seigneuriaux appartenant aux anciens abbés.

En 1772, les habitants de quelques villages résolurent de s'affranchir du droit de mainmorte, qui les maintenait dans une

[1] La ville de Saint-Claude, qui ne devait alors son importance qu'aux richesses et à la puissance de l'abbaye, n'a pas complétement perdu sa position par la dispersion des anciens abbés. Elle est restée le siége de l'évêché du Jura, occupé depuis le commencement de ce siècle par de vénérables prélats, dont les vertus et la charité ont mérité le respect et l'attachement des habitants. Elle est le chef-lieu d'un arrondissement judiciaire qui s'honore d'avoir donné naissance à une famille de savants jurisconsultes de notre époque. MM. Dalloz, auteurs du *Répertoire de législation*, sont originaires de Septmoncel, petite commune de cet arrondissement.

véritable servitude. Les communautés de Longchaumois, d'Orcières, de Lamouille, de Morbier, de Bellefontaine, des Rousses et du Bois-d'Amont, se réunirent pour obtenir l'abolition de ce droit féodal. Elles adressèrent au roi trois mémoires ou requêtes dans lesquels, contestant les titres mêmes invoqués par le chapitre pour l'exercice de ce droit, elles exposaient longuement les tristes résultats de leur position, et demandaient la suppression de tous droits de mainmorte, retenues, commises, échutes, etc., qui grevaient les terres dont elles avaient la possession. La discussion des titres est sans intérêt aujourd'hui, mais il est utile de citer textuellement les pages de ces mémoires qui énoncent les griefs des habitants et les effets du droit de mainmorte, et la réponse du chapitre sur ce point, si curieux à étudier au point de vue historique.

Le premier mémoire adressé au roi renferme un triste exposé de la situation des mainmortables. Les termes dans lesquels il est conçu attestent l'irritation des paysans et prouvent combien leur était devenu pénible le joug qui leur était imposé. Le troisième mémoire n'est qu'un résumé de la discussion ; mais nous trouvons dans le second l'exposé complet des conséquences du droit de mainmorte dans la province de Franche-Comté, et, à ce titre, nous devons en publier en entier la première partie. Il s'exprimait dans les termes suivants :

« Les communautés de Long-Chaumois, d'Orcière, Lamouille, Morbier, Bellefontaine, des Rousses, du Bois-d'Amont, dans la terre de Saint-Claude, au comté de Bourgogne, remontrent très-humblement à Votre Majesté et à nos seigneurs de son conseil, que les sujets les plus malheureux du royaume sollicitent aujourd'hui de son autorité l'acte le plus digne de sa bienfaisance ; ils réclament le droit de vivre et de mourir sous la sujétion de Votre Majesté seulement, et de se dévouer pour eux-mêmes à des travaux qui ailleurs assurent l'aisance et la félicité des familles, et qui ne sont chez eux qu'une source d'amertume et de privations. Le chapitre de Saint-Claude prétend, on ne sait à quel titre, que les habitants de huit paroisses sont ses hommes serfs ; ils supplient Votre Majesté de leur accorder l'affranchissement de leurs personnes et de leurs biens, de les rendre à la qualité de citoyens, de sujets libres, et d'écarter de leur patrimoine les mains étrangères qui s'étendent pour y saisir les fruits à mesure que l'industrie des suppliants les fait naître. . . . . .

« Il est trop vrai que, dans la Franche-Comté, il se trouve des particuliers et des villages entiers qui partagent l'abaissement des suppliants ; il est quelques contrées pour qui les droits heureux de la liberté ne sont

encore qu'un nom, et où des possesseurs de fiefs ont su faire survivre leurs usurpations aux ordonnances que l'amour de l'humanité et l'effort d'une sage politique ont dictées sur cette matière; le statut municipal de la province renferme un titre relatif à la situation des serfs. Les cas dans lesquels des supérieurs intéressés peuvent leur faire éprouver des disgrâces juridiques et les dépouiller légitimement; les bornes dans lesquelles une famille laborieuse doit restreindre ses travaux et son activité, l'assemblage des conditions ridicules que la puissance oisive et avare a imposées à l'industrie pauvre et opprimée, voilà ce qui compose un code monstrueux qu'on rougit de voir figurer parmi les lois d'une province policée.

« Le serf ne cultive jamais pour lui; chaque famille mainmortable est étrangère dans sa propre habitation; elle ne peut même se flatter qu'un jour le prix accumulé de ses soins et de son économie puisse se convertir en un patrimoine stable; jamais le laboureur ne peut se promettre de jouir des charmes de la propriété dont l'attrait est si puissant et sert si efficacement à encourager son industrie; il n'y a pas de propriété dans ce pays, si ce n'est celle des successeurs des bénédictins.

« Aussi le cultivateur qui voudrait étendre ses travaux, ne doit-il pas espérer de trouver des avances pour ses engrais et ses labours, ni des facilités pour l'augmentation de ses exploitations; il ne jouit d'aucun crédit, parce que l'on sait qu'il ne peut jouir en propre d'aucun fonds; il ne peut tenter aucune entreprise, parce qu'il ne peut ni aliéner, ni hypothéquer son bien; ses enfants eux-mêmes voient avec douleur que la terre que leurs bras retournent et qu'ils mouillent de leurs sueurs, ne deviendra pas leur patrimoine; ils savent qu'au moment où ils perdront leur père, leur héritage sera perdu pour eux sans retour; que des étrangers impérieux viendront les chasser de la maison qui les a vus naître et du fonds qu'ils auront eu l'imprudence d'améliorer.

« Il est néanmoins un moyen par lequel les parents peuvent éluder cette cruelle expulsion, mais ce moyen par lui-même est une nouvelle absurdité; le fils devient préférable au seigneur, il succède à son père, lorsqu'il a toute sa vie partagé sa chaumière et ses travaux; c'est ce qu'on appelle avoir eu *meix* ou manoir commun, gêne qui s'oppose au progrès de l'industrie et de la population, en ôtant aux jeunes gens la faculté de sortir de chez eux, d'acquérir des connaissances et de contracter des mariages; institution digne de la barbarie de ces temps où chaque petite enclave formait une domination circonscrite, où chaque seigneur s'attribuait le droit d'y lier irrévocablement le sujet qu'il avait pu y faire entrer, où un usufruit momentané pouvait être un appât suffisant pour le malheureux que les guerres et les révolutions poussaient dans le piége après l'avoir dépouillé de tout.

« Les règles de cette communauté de *meix*, de cette association rendue nécessaire entre un parent et ses héritiers, ne sont indiquées par aucune disposition de la coutume; on ne sait ni ce qui constitue positivement cette association, ni ce qui la dissout réellement; les partages auxquels elle donne lieu, sont toujours un sujet de discussions et de querelles dans les

familles. Dans les provinces voisines, on a interprété cette nécessité de communauté de la manière la plus favorable aux serfs; il suffit que l'un des enfants ait demeuré avec son père, pour rappeler à la succession les autres enfants qui auraient pendant quelque temps quitté la maison. Mais chez les suppliants, les effets de cette séparation sont irréparables; l'enfant, que des convenances de profession ou le goût ont éloigné de la maison paternelle, a la douleur de se voir exclu par le parent que le hasard ou son indolence même y ont fixé. Le mariage force une fille à quitter la maison de son père; cette nécessité même ne l'exempte pas de la rigueur de la règle; elle est privée dès ce moment du droit de succéder; elle perd jusqu'à sa légitime.

« On n'a imaginé qu'un remède pour tempérer l'injustice de cette décision, remède aussi bizarre que la loi est monstrueuse, et que l'on devrait rougir de proposer sérieusement à des tribunaux respectables. La fille serve peut se faire expédier par un notaire une attestation qui constate que la première nuit de ses noces elle a couché dans la maison de son père; ils appellent cela l'acte de *repret*, dénomination qui ne présente aucun sens. Au moyen de cette étrange précaution, cette fille mariée conserve les avantages attachés à sa communion. Mais si elle manque à la formalité, tout est perdu pour elle, et le secours même de la restitution lui est refusée.

« Ainsi, chaque maison dans cette contrée ne semble être qu'un haras, où des êtres, renfermés et associés souvent malgré eux les uns aux autres, se multiplient pour l'intérêt et l'utilité du seigneur qui les y retient. Un père qui a marié plusieurs de ses fils, garde chez lui les nouveaux ménages : on voit rarement sympathiser entre elles les femmes que le hasard rassemble, que l'intérêt divise; la réunion même qu'on leur impose et la contrainte qui en résulte, aigrissent leurs chagrins en leur en mettant sans cesse les objets sous les yeux; quelquefois l'animosité rend la retraite de l'une des parties indispensable : la portion qui devait revenir à celui qui se retire, devient le patrimoine de celui qui l'a chassé; la dépouille de la partie la plus tolérante devient le prix de l'opiniâtreté de l'autre partie. Ainsi la femme qui avait épousé un fils de famille dans l'attente d'une succession que la nature lui assurait, se voit, par un accident inévitable, frustrée de ses espérances les plus justes; les enfants même, que l'institution contractuelle regarde ainsi que le père, participent à la privation de celui-ci, et tandis qu'en France, une condamnation emportant mort civile, infligée à un père, laisse aux enfants la liberté de prendre sa place et de succéder à ses droits, ici les enfants deviennent les victimes innocentes d'un genre de faute que la barbarie a créée et dont ils ne sont pas coupables.

« Les choses, à la vérité, n'ont pas toujours été portées à cet excès; autrefois, en ligne directe, il n'y avait pas lieu à la mainmorte ; les enfants, communiers ou non, excluaient toujours le seigneur ; dans les temps postérieurs, et lorsque le joug s'est appesanti, on jugeait encore que pour succéder, en vertu d'une institution contractuelle, il n'était pas nécessaire que l'institué habitât avec son bienfaiteur jusqu'à la mort de ce dernier.

Cette jurisprudence aurait dû s'affermir depuis la promulgation de l'ordonnance de 1747, qui a assuré la plus haute faveur aux institutions dont il s'agit; mais, par une fatalité ruineuse pour les suppliants, le temps, qui a perfectionné les principes sur les autres matières, n'a servi qu'à augmenter, relativement à la mainmorte, un rigorisme profitable aux possesseurs de fiefs, et les arrêts les plus récents ont rendu sans effet les institutions contractuelles faites au profit des enfants qui, depuis, s'étaient séparés de leur père.

« Ce n'est pas dans ce point seulement qu'on est fondé à se plaindre de ce que la jurisprudence a ajouté au fardeau déjà trop accablant de la servitude; les arrêts, qui semblaient devoir relâcher leurs chaînes, les ont serrées plus étroitement. La coutume, déjà si sévère à leur égard, a été négligée, parce qu'elle a paru les traiter trop doucement; elle permettait aux communiers de recevoir par donation entre-vifs; elle leur assurait ce droit, en les déclarant capables de succession, capacité qui, suivant les dispositions de la loi, marche d'un pas égal avec celle de recevoir des donations. Les nouveaux arrêts les ont dépouillés de cet avantage et par un renversement de tous les principes, qui jugent que la donation entre vifs se consomme au moment où elle est stipulée et qu'elle est indépendante d'une condition éventuelle, on juge qu'au moyen d'un événement imprévu, ce qui était valable dans le principe, devient caduc dans la suite[1].

« Lorsque des biens mortaillables sont cédés par une donation entre-vifs à un donataire communier avec le donateur, si la communion cesse avant la mort du donateur, une distinction décide de la validité du don: on examine si le donateur, à son décès, laisse d'autres enfants communiers, ou n'en laisse pas; s'il en laisse, comme le seigneur est exclu par eux et comme l'anéantissement de la donation ne lui fait aucun profit, on la laisse subsister sans difficultés; mais si le donateur n'a d'autres enfants que le donataire, son exclusion faisant retomber l'héritage dans les mains du seigneur, on ne manque pas de la prononcer; les biens sont censés faire partie de la succession du défunt, de même que s'il ne les avait jamais donnés, et le seigneur les prend avec tout le reste[2].

« A la vérité, le colon a la faculté de transmettre son usufruit à tout acheteur qui veut bien courir les risques d'une si mauvaise acquisition; mais cette transmission même devient pour les maîtres l'objet d'un abus exorbitant; ils s'arrogent dans ce cas un droit de *lods*, comme s'il y avait réellement une tradition de propriété; la coutume n'a pas fixé ce lods, attendu qu'elle n'a pas effectivement supposé qu'il y eût vente; mais les abbés, qui interprétaient en leur faveur le silence même de la loi, mettaient à un taux arbitraire le consentement qu'ils donnaient aux mutations, et leurs successeurs, entraînés par l'usage, se font payer le quart ou le tiers de la valeur du fonds, sous le titre de *lods*. Bien plus, un caprice, une mauvaise humeur de leur part peuvent empêcher le possesseur de subroger un tiers à ce faible droit qu'il a sur l'héritage; les seigneurs sont les maîtres de refuser leur agrément à la mutation; rien ne peut les

[1] Dunod, *Traité de la mainmorte*, p. 87. *Observ. sur la coutume*, p. 581.
[2] Dunod, *Traité de la mainmorte*, p. 87. *Observ. sur la coutume*, p. 591.

contraindre à le donner ; entreprendre de s'en passer, c'est un crime irrémissible qui est puni de la confiscation de l'héritage : cette manière de dépouiller un possesseur a aussi son nom juridique et s'appelle droit de *commise.*

« Et que résulte-t-il de cet asservissement? Le possesseur d'un héritage mortaillable fait un commerce, contracte des dettes, il veut vendre son sol pour subvenir à ses engagements. S'il n'a pas d'enfants demeurant dans son meix, les chanoines, qui attendent sa mort pour recueillir sa succession, n'ont garde de permettre qu'il se dessaisisse du fonds ; il reste sans ressources pour remplir ses obligations, sans espoir de se relever de ses pertes ; les ayant-cause des religieux de Saint-Claude entrent paisiblement dans son héritage, et les créanciers qui viennent demander leur payement s'en retournent privés de tout recours. Si, au contraire, le commerçant qui désire vendre son héritage se trouve avoir des enfants ou des parents habitant avec lui, les chanoines, exclus par ces héritiers, se prêtent ordinairement à la vente ; mais c'est le sujet d'une autre opération également mortelle pour la confiance et le commerce ; les assurances que le vendeur aurait données, les hypothèques qu'il aurait constituées sur le fonds, les chanoines sont les maîtres d'en changer l'ordre, de les anéantir ; l'hypothèque ne pouvant avoir d'effet qu'autant qu'elle est avouée d'eux, ils vendent à leur gré ce consentement au créancier qui l'achète au plus haut prix ; ils peuvent à leur volonté payer la dette la plus récente et rendre vaine la plus ancienne.

« La dot des femmes, cet objet si favorable, si privilégié et auquel les ordonnances assurent l'hypothèque, même sur les biens substitués, la dot des femmes n'a d'hypothèque qu'avec l'attache des seigneurs. Il n'en était pas ainsi autrefois ; mais telle est la jurisprudence établie par des décisions dont malheureusement les auteurs ne peuvent pas toujours oublier qu'ils ont eux-mêmes des serfs dans leurs terres[1].

« Les lods et ventes portés à un tiers de l'héritage, les consentements d'hypothèques dont le prix est absolument arbitraire et par conséquent toujours considérable, voilà déjà deux causes qui restreignent considérablement l'usufruit du détenteur ; mais ce n'est pas tout, les seigneurs qui enlèvent par ces moyens une moitié de l'héritage, emportent le reste par l'effet d'un autre droit qu'ils exercent avec la même justice. Ce droit est particulier aux mainmortables de la contrée, car on ne le connaît pas dans le reste de la Bourgogne, qui n'a fait autrefois qu'une même province avec la Franche-Comté. Lorsqu'un particulier vend son héritage et ne le vend pas autant qu'il vaut, ce qui arrive ordinairement à cause du peu de sûreté qu'on trouve à traiter avec le possesseur, le seigneur tire de là un avantage singulier ; la vente faite par le possesseur est regardée simple-

[1] Il est inutile de faire remarquer qu'il peut y avoir quelque exagération dans l'acrimonie de ces reproches. Mais le style même de ce mémoire, que nous nous faisons un devoir de reproduire textuellement, prouve combien semblaient pénibles à cette époque les conséquences de ces droits seigneuriaux.

ment comme une démission de sa part; alors les chanoines ouvrent une enchère devant eux ; quelquefois les acquéreurs qui se présentent portent le fonds au double de ce qui avait été stipulé par la première vente, et il ne faut pas croire que le bénéfice de cette plus-value tourne au profit du vendeur; les seigneurs s'en emparent en disant que c'est un droit de *retenue*.

« Telles sont les maximes absurdes que l'ignorance des siècles passés et le hasard ont fait imaginer pour décider les différends qui s'élèvent au sujet de la servitude. Les formulaires de cette espèce de tyrannie supposent plusieurs modifications dans l'esclavage ; ils admettent une servitude de corps, une servitude de biens, et une servitude mixte. La servitude personnelle est celle qui attaque essentiellement la liberté de l'homme même, qui introduit au milieu du plus libre et du plus beau des gouvernements, une véritable imitation de cet esclavage dont l'institution fait, à nos yeux, la honte des peuples anciens et de ceux chez qui il est encore en usage. Les serfs, en Franche-Comté, ne sont plus, à la vérité, ces hommes dégradés qu'un maître impérieux pouvait revendiquer en quelque lieu qu'ils se réfugiassent et forcer partout de retourner à leur opprobre ; ce ne sont plus ces êtres méprisables qu'un tyran, appelé seigneur, conduisait comme les vils animaux à un accouplement fructueux pour lui même et à qui il interdisait à son gré une union douce ou une profession honorable. Les serfs peuvent aujourd'hui, sans l'attache du seigneur, devenir époux ou ecclésiastiques, mais leur situation en est-elle pour cela plus avantageuse?

« Voici en quoi consiste le malheur de leur condition actuelle : tout ce qu'acquiert le serf de corps, il l'acquiert pour le seigneur en quelque sorte; quel que soit l'immeuble qu'il possède dans la contrée, il ne peut se flatter d'en avoir autre chose que l'usufruit; il ne peut le transmettre à ses proches, à ses enfants même, que sous les restrictions étranges dont on a parlé [1] ; le fruit de ses soins est d'enrichir à sa mort les maîtres qui l'ont asservi pendant sa vie. C'est lui qui communique à l'héritage le vice de la servitude dont il est personnellement atteint ; inutilement abandonnerait-il une portion du sol qu'il cultive si infructueusement pour sa famille, inutilement acquiérerait il dans la contrée des héritages francs et libres, la tache dont il est flétri s'étendrait dès le moment à cette nouvelle propriété, et les droits que les seigneurs ont sur lui, ils les auraient au même instant sur son bien.

« La servitude personnelle, qui doit son origine à tout ce que les horreurs des guerres civiles ont produit de plus déplorable, se contracte aujourd'hui de deux manières, par la naissance et par l'habitation. Le fils du serf, né dans l'enclave de l'habitation du seigneur, est serf comme son père : telles sont les dispositions des deux coutumes de Bourgogne [2]; mais les tribunaux qui administrent la justice aux habitants des deux provinces,

[1] Coutumes de Franche-Comté, titre DES MAINMORTES.

[2] Coutumes de Franche-Comté, article 3; Coutumes du duché de Bourgogne, article 9.

ont interprété diversement ces articles. A Dijon, on suit à la lettre le statut municipal ; on ne déclare né serf que celui qui non-seulement est issu de parents mainmortables, mais qui est né dans un lieu de mainmorte ; l'enfant, quoique issu de parents serfs, est libre, s'il a eu le bonheur de voir le jour dans un lieu de franchise, lorsque son père y était domicilié. A Besançon, on s'écarte des dispositions de la loi, et ce n'est point pour relâcher les liens de la servitude : on ne considère nullement le lieu de la naissance ; on y déclare serf le fils du mortaillable, quoique né en terre de franchise.

« Suivant la coutume, l'homme libre peut devenir serf en recevant gratuitement de la main d'un seigneur, une maison où il puisse loger et un fonds suffisant pour le nourrir. Sitôt qu'il a accepté cette libéralité perfide, il est enlacé dans les filets de celui qui la lui a faite ; le statut présume qu'il a donné sa liberté en échange de l'héritage, qu'il s'est vendu volontairement pour avoir de quoi vivre, et dès ce moment tout ce qu'il a acquis devient en ses mains, soumis aux règles de la mainmorte. Mais la jurisprudence a enchéri sur cette rigueur de la loi municipale ; elle a admis une autre cause d'où se forme la servitude, c'est l'habitation. L'air contagieux des pays de mainmorte porte une atteinte mortelle à la liberté de ceux qui ont eu l'imprudence de le respirer. Un particulier a-t-il acheté et occupé pendant une année seulement une maison de la contrée mortaillable, il est réduit par cela seul en servitude, il est au bout de ce temps le serf des chanoines de Saint-Claude. Ses enfants tombent dans le même avilissement ; sa dégradation est imprescriptible ; les biens francs qu'il peut acquérir par la suite, ceux qu'il possédait antérieurement, tout subit la mortaillibilité.

« Le mariage qu'un homme libre contracte avec une femme serve, peut aussi lui devenir funeste à lui et à sa postérité ; il ne saurait qu'avec des précautions inouïes aller partager l'habitation ou le *meix* de sa femme ; s'il ose y entrer, il est présumé dès ce moment s'être soumis à la servitude, et ce n'est qu'en fuyant, qu'il peut se préserver de la perte de sa liberté. S'il décède dans cette habitation, il est censé mort dans l'état de servitude et laisse à ses enfants la servitude pour héritage. On ne connaît qu'un expédient pour éviter cette disgrâce, encore les auteurs ont-ils gravement examiné s'il devait avoir son effet [1]. On arrache le serf, à sa mort, de la maison de sa veuve désolée ; on le transporte dans une terre étrangère, mais libre ; une famille en pleurs suit son père expirant, dans des lieux inconnus, et a souvent la douleur de voir qu'un transport périlleux pour le malade, mais dont la liberté commune est le prix, a abrégé ses jours ou même a causé sa mort. Il en est de même si le mari survit à sa femme, et continue pendant un an à occuper la maison qu'il a habitée avec elle.

« La servitude réelle est celle qui n'est imprimée que sur la chose ; c'est la tache de l'héritage et non du possesseur ; elle est moins révoltante que l'autre, puisque, après avoir ruiné les enfants d'un cultivateur, elle leur laisse au moins la ressource d'aller porter ailleurs leur désespoir et leur

[1] *Traité de la mainmorte*, p. 48.

industrie ; elle ne les jette pas dans l'impuissance de faire librement d'autres acquisitions ; elle laisse la liberté aux enfants ; c'est là ce qui la distingue de la servitude personnelle ; on ne peut pas dire qu'elle soit plus douce, mais elle est moins atroce. La servitude mixte n'a rien de particulier, c'est un composé des deux précédentes.

« Ce qu'il y a de plus inconcevable dans les maximes qu'on observe sur cette matière, c'est la facilité avec laquelle on autorise cette espèce d'attentat sur la liberté des sujets de Votre Majesté. Il semblerait que, pour les couvrir d'une flétrissure aussi odieuse que celle de la servitude, il faudrait des preuves plus claires que le jour, ou de l'ancien état de l'esclavage, ou de circonstances nouvelles qui en ont imprimé le caractère. Pourra-t-on se le persuader ? les juges qui, en faisant l'application des lois, ménagent avec tant de soin tous les objets de la fortune des citoyens, qui attachent la régularité de leurs décisions à l'observation de tant de formalités, les juges dont l'équité et la lumière ont de tout temps mérité le suffrage et la vénération de la province, sont, sur les preuves de la mainmorte, d'une facilité surprenante, tant l'habitude de voir les objets dans un certain point de vue peut leur ôter leur difformité. On admet comme des titres, des reconnaissances qui souvent ont été dictées aux mendiants d'une paroisse ; on a décidé quelquefois sur de simples indices, et c'est ainsi qu'on anéantit la liberté des sujets de l'Etat. » . . . . . .

Le mémoire examine longuement la valeur et l'authenticité des titres produits à l'appui du maintien du droit de mainmorte dans la contrée. Ces discussions sont aujourd'hui sans intérêt ; mais il est utile, pour apprécier exactement les effets de ce droit, de citer textuellement la réponse publiée par le chapitre noble de Saint-Claude pour repousser les plaintes si vives des habitants mortaillables de son domaine. On pourra connaître ainsi avec exactitude les droits réclamés par le seigneur, d'après la coutume de l'époque, sans craindre d'être trompé par les exagérations que les souffrances ont pu faire naître dans l'exposé présenté au nom des communautés mainmortables. Supprimons également du mémoire publié au nom du chapitre tout ce qui a trait à l'examen des titres par lui produits et composés, en majeure partie, de reconnaissances anciennes de la part des habitants, et de divers actes de concessions, sous réserve expresse des droits de lods, de mainmorte, de commise, etc., et arrivons de suite à la discussion du droit contesté :

« Il devrait suffire, ce semble, dit le mémoire, qu'une loi ait reçu la sanction qui lie les sujets de l'Etat à son observation, qu'elle subsistât dans son intégrité, qu'elle fût la base des engagements dans les rapports de la

société, et qu'elle fît règle en jugement, pour qu'il fût interdit à toutes personnes privées, d'en censurer les motifs et d'en attaquer l'existence ou l'exécution. Est-ce donc à quelques têtes échauffées des sommets du mont Jura qu'il convient de s'élever contre la législation municipale d'une ou de plusieurs provinces, dans lesquelles le droit seigneurial de mainmorte a été établi et s'exerce sous les yeux de la puissance publique, qui en a réglé les effets et les modifications ? La mainmorte est gênante, sans doute, sous quelques aspects, mais c'est un droit établi, *dura lex, sed scripta.* On ne devrait pas demander au seigneur si la charge est pénible pour les sujets, mais seulement si le droit est acquis. Dès qu'il en fournit les preuves, il est quitte de toute réponse aux objections sur les inconvénients.

« Mais développons succinctement la nature et les effets de cette mainmorte, à laquelle on affecte de donner un masque si effrayant ; elle n'a point, ou du moins elle n'eut pas toujours son origine dans l'ancienne servitude. Le célèbre Dumoulin fait cette observation particulière au comté de Bourgogne : *Servitus manusmortuæ non semper a barbarie vel bellica et hostili captivitate cœpit, sed quandoque ab humanitate.* « Ce n'est pas, dit « Dunod, ce qui a introduit la mainmorte en Franche-Comté, elle y était « bien plus ancienne et plus étendue ; car nos vieux titres prouvent que « c'était la condition commune des gens de la campagne. » Cet auteur en trouve l'origine dans la distinction des conditions que tous les historiens conviennent avoir subsisté dans le royaume de France jusque vers le quatorzième siècle. Les gentilhommes rendaient la justice aux sujets pendant la paix ; les bourgeois exerçaient le négoce, les arts et métiers dans les villes et bourgs. Pour les mainmortables, attachés par leur condition à la culture de la terre, ils ne songeaient qu'à la rendre plus fertile par leurs travaux ; c'est ainsi que nos ancêtres avaient si sagement réglé leur état, que toutes les parties s'y soutenaient réciproquement, et que chaque particulier concourait, dans sa condition, à ce qui était nécessaire pour le bien général et l'utilité commune.

« Une ordonnance de Louis le Hutin, du 3 juillet 1319, apprend qu'à cette époque, les servitudes qui avaient subsisté en France et dans presque tout le reste de l'Europe jusqu'au douzième siècle, n'étaient plus ce que sont aujourd'hui nos mainmortes. Cette ordonnance très-connue porte que *le royaume étant nommé le royaume des Francs, et voulant que la chose en vérité soit, tout serf du domaine du roi, soit d'origine, ou par mariage, ou par résidence du lieu de serve condition, demeureront affranchis, moyennant une composition pour les profits qui auraient pu en advenir au roi, et pour que les autres seigneurs, qui ont hommes de corps, prennent exemple d'eux ramener à franchise.*

« Ce serait une erreur, bien démontrée par l'histoire des temps subséquents, d'avancer que cette ordonnance de Louis le Hutin fit cesser de droit et de fait la mainmorte en France. Un édit de Henri II, de l'an 1533, prouve qu'elle y subsistait encore, puisque ce monarque en prononce l'abolition pour les terres immédiates de son domaine. Il y eut encore un édit particulier de septembre 1554 pour les terres du domaine situées dans le duché de Bourgogne, lequel fut enregistré au parlement de Dijon ; mais,

nonobstant cet édit, un grand nombre de communautés ayant négligé de payer la finance réglée pour indemnité, elles sont restées en mainmorte et y sont encore aujourd'hui.

« L'inexécution de ces différents édits, nonobstant lesquels le droit de mainmorte s'est conservé dans plusieurs provinces de la France et même dans le domaine de Sa Majesté, conduit naturellement à penser que les vues politiques n'ont pas toujours été les mêmes, et que l'abolition des mainmortes n'a pas toujours été regardée comme essentielle au bien de la société, au soutien de l'industrie, à la population et à l'accroissement de l'agriculture. En Franche-Comté, plus que partout ailleurs, l'expérience a dû faire prendre de la mainmorte une opinion tout opposée. Les parties montueuses qui forment à peu près la moitié de cette province, à cause de la dureté du sol et de la difficulté du labourage, ont toujours eu besoin de cultivateurs robustes et laborieux, constamment attachés à leurs travaux et à leurs possessions, et dont les familles plus nombreuses, par la nécessité de rester en société ou communion, fussent comme liées aux terres de leur patrie.

« Cette espèce d'assujettissement, auquel pourtant l'homme de mainmorte est libre de se soustraire, comme on le dira bientôt, loin d'être opposé aux vues générales politiques, est un avantage réel pour les particuliers. L'expérience nous apprend, dit Dunod [1], qu'en Franche-Comté les paysans des lieux mainmortables sont bien plus commodes que ceux qui habitent la franchise, et que plus leurs familles sont nombreuses, plus elles s'enrichissent.

« Le savant et judicieux auteur des observations sur la coutume du duché de Bourgogne, le président Bouhier, explique son opinion sur la mainmorte dans les termes suivants [2] : « Il me reste à dire un mot sur la facilité que « la plupart des seigneurs ont eu d'affranchir leurs mainmortables, et de « perdre ainsi l'un des plus beaux de leurs droits seigneuriaux. Quelques-« uns l'ont fait par un esprit d'humanité ; mais le plus grand nombre s'y est « porté par l'espérance d'attirer dans leurs terres de plus riches habitants, « ou séduits par l'appât de quelques profits présents qu'ils en ont retirés ; « mais ces derniers se sont en cela grandement abusés. Les villageois, qui « n'étaient auparavant occupés que de la culture de leurs terres, ont cru « trouver plus de douceur dans les villes et s'y sont retirés. Les bourgeois « de ces mêmes villes, profitant de leur erreur, ont acheté les héritages « qu'ils avaient quittés ; et, ne pouvant les cultiver par eux-mêmes, ils y « ont mis de pauvres métayers qu'ils ont ruinés avec le temps, en sorte « qu'aujourd'hui presque tous les habitants des terres sont dans la misère, « et les villages beaucoup moins peuplés que lorsqu'ils étaient en main-« morte [3]. »

[1] *Traité de la mainmorte*, p. 15.

[2] *Observation sur la coutume de Bourgogne*, t. II, p. 431.

[3] Nous avons dit que tous les auteurs ne partageaient pas l'admiration du président Bouhier pour le droit de mainmorte. Un vénérable évêque de Genève, saint François de Sales, exprimait une opinion bien différente

« Joignons à ces témoignages respectables ceux qu'en ont porté les personnes chargées de l'administration en Franche-Comté, lorsqu'en différents temps, étant consultées sur cette partie du droit municipal de la province, elles ont donné, pour résultat de l'expérience et de leurs recherches, cette assertion, que les habitants des terres en mainmorte étaient plus en état que ceux des lieux francs d'acquitter les charges royales et seigneuriales. Il doit rester des monuments du fait que l'on assure ici, et il serait heureux, pour le chapitre de Saint-Claude, de compter au rang de ses juges, des magistrats qui, par leurs connaissances personnelles et locales, fussent en état d'éclairer le conseil de Sa Majesté sur cette importante matière.

« Ces premières observations devraient dispenser de toute discussion ultérieure sur la nature et les effets de la mainmorte ; mais ne laissons pas aux parties adverses l'avantage de croire qu'on a redouté tout éclaircissement en cette partie. Le droit de mainmorte est celui de réversion des terres au seigneur dans le cas prévu par les coutumes ou les conventions ; les effets de ce droit, dérivé de la loi des emphytéoses, sont réels ou personnels. Les personnels consistent dans le duché de Bourgogne, en ce que le mainmortable ne peut disposer, par aucun acte de dernière volonté, de ses biens qu'au profit de ses parents qui sont en communion avec lui ; les effets réels sont que le bien de mainmorte ne peut être aliéné ni hypothéqué sans le consentement du seigneur, et que si la possession réelle en est prise sans ce consentement, en cas d'aliénation, il y a lieu à commise.

« Il est évident que ce droit a sa source dans la concession primitive des terres, et, sous ce point de vue, il est de toute justice que le vassal, l'emphytéote, le mainmortable, abandonnant la culture du fonds ou cessant de se conformer à la loi que la convention ou la coutume lui ont imposée, le seigneur rentre dans son ancienne propriété. Les motifs de l'établissement et des règlements propres à la mainmorte ne sont pas équivoques, ils furent de fixer le colon à la culture du fonds. La loi de rester en société ou communion fut imposée aux familles, soit pour favoriser et étendre la population, soit pour les mettre plus en état de faire valoir les terres, en réunissant sous un chef, un plus grand nombre d'ouvriers et de cultivateurs. *Vis unita fortior*. L'unité d'intérêt est encore, pour les mainmortables, une nouvelle source d'industrie et d'économie.

dans une lettre écrite au pape à ce sujet. Il remontrait que son église jouissait de plusieurs droits qui sont trop à la charge des peuples. Tel est celui qu'elle a de succéder à ceux qui meurent sans enfants ; qu'il est défendu à ces malheureux, comme à des esclaves, de tester ; qu'ils ne peuvent disposer de la moindre partie de leurs biens en faveur de leurs proches parents, qui sont souvent plus pauvres et en ont plus besoin que l'église de Genève ; que ces droits sont indignes d'un évêque, qui doit se contenter d'être le père du peuple sans en exiger des servitudes honteuses qui sentent beaucoup plus le paganisme que la liberté de l'Eglise chrétienne. (*Vie de saint François de Sales*, par l'abbé de Chassollier, t. I, p. 367.)

« Ces vérités, confirmées par la plus longue expérience, seront toujours inaccessibles aux attaques et aux vaines clameurs de la théorie licencieuse qu'on a voulu leur opposer. Il sera toujours facile aux apologistes de la franchise et de la liberté nationale, de présenter les objets sous une face propre à donner de la faveur à l'opinion qu'ils s'en forment, et même à intéresser les âmes qui se livrent sans examen, au premier mouvement de leur sensibilité naturelle. Mais les défenseurs des habitants et terre de Saint-Claude n'auraient-ils pas abusé de cet avantage, en surprenant la crédulité des partisans qu'ils ont voulu se ménager? Nous pourrions leur dire, s'ils nous accusent de singularité, que la plupart des objets pouvant être considérés sous des aspects absolument opposés, il est prudent de ne pas s'en fier trop légèrement au premier coup d'œil et à la manière ordinaire de concevoir les choses.

« La liberté, par exemple, c'est une observation d'un auteur accrédité, est indubitablement le plus grand des biens, et la servitude le plus grand des maux ; mais il faut savoir si ce qu'on appelle la liberté, dans l'ordre actuel des sociétés, n'est pas souvent un avantage très-funeste, et si la servitude, modifiée par la bonté d'un maître et par l'intérêt qu'il a de se conserver son sujet, ne présenterait pas une situation plus heureuse qu'une liberté illusoire, dont l'effet est presque toujours de faire périr de misère l'infortuné qui la possède.

« Si la solution de ce problème offre des difficultés, celui de l'utilité ou des inconvénients de la mainmorte telle qu'elle est, et mieux connue que par les écrits des parties adverses, est bien plus facile à résoudre. Elles en ont défiguré la nature, les principes et les effets. On suppose perpétuellement que les mainmortables ont été, dans l'origine, les victimes de l'usurpation et de la tyrannie, et ils ne furent que des hommes dénués de biens, auxquels l'humanité accorda des asiles et des ressources contre la misère par la concession des terres à cultiver pour leur subsistance et celle de leur famille ; on suppose que les gens de mainmorte n'ont aucune propriété de biens meubles ou immeubles, et ce sont presque les seuls gens de campagne qui soient riches en fonds de terres : les habitants des villages de franchise ne sont communément que de simples fermiers. Le mobilier, l'argent, le bétail, les rentes et obligations des mainmortables, sont dans leur libre et totale disposition. Les biens qui leur appartiennent en franchise, ils sont les maîtres d'en disposer par toute espèce de contrats et d'actes entre-vifs. Leurs permissions en lieux de mainmorte sont dévolues à leurs parents communs, encore peuvent-ils les distribuer à leur gré entre ces parents ; ils peuvent les aliéner ou échanger du consentement, il est vrai, du seigneur, c'est la loi statutaire ; mais, outre que ce consentement ne leur est presque jamais refusé, si c'est l'intérêt ou le besoin réel qui porte le mainmortable à aliéner, il arrive ou que le seigneur ne peut empêcher la vente, ou qu'il demeure chargé de fournir à la subsistance du sujet.

« L'homme franc qui va s'établir en lieu de mainmorte, en contracte la condition ; mais, d'une part, ce changement est volontaire et conforme à ses intérêts ; il est juste, d'un autre côté, que, reprenant la place et l'habitation de l'ancien sujet, il subisse la charge et la loi qu'il s'était imposées,

sans quoi il arriverait, contre les vues du statut et au préjudice des droits légitimes du seigneur, que sa terre serait bientôt dépeuplée des cultivateurs qu'il y avait reçus et établis [1]. L'homme de mainmorte qui veut quitter le lieu de son origine et acquérir la franchise, a la double ressource de recourir à son seigneur pour l'obtenir par convention, ou à la justice, si le seigneur refuse d'affranchir. Il doit, il est vrai, abandonner le fonds de terre; mais cette terre devait cesser de lui appartenir dès qu'il se soustrairait à la charge primitive de la culture. L'emphytéote, le sujet en censive, etc., sont dans le même cas. Il faut savoir, au surplus, qu'il n'arrive presque jamais que le mainmortable se dépouille de ses propriétés lorsqu'il veut s'affranchir ; il y met bon ordre par les arrangements qu'il prend avec ses communiers, par les actes de partage, dans lesquels le sujet qui veut s'affranchir se fait donner les biens francs, ou de l'argent, ou des meubles, arrangements que le seigneur ne peut contredire.

« Cette simple ébauche suffit pour effacer l'idée de ces étranges différences qu'on a voulu mettre entre la condition des mainmortables et celle des autres habitants des campagnes. Ces esclaves prétendus du chapitre de Saint-Claude et des autres seigneurs du comté de Bourgogne, sont presque tous des paysans commodes, industrieux, plus instruits, plus avisés et moins dépendants que ceux des autres villages. C'est la plus misérable supposition d'avoir allégué que la mainmorte était regardée comme une flétrissure et un obstacle aux mariages. La population des lieux en mainmorte, bien supérieure à celle des autres campagnes, est une preuve vivante du contraire. En faudrait-il une autre que l'exposé même des habitants qui réclament? Ils exposent, dans leurs écrits, qu'ils sont au nombre de dix à douze mille. Douze mille habitants pour six villages! le nombre est honnête, assurément. Autre observation non moins importante : dans les derniers temps, où la disette et la cherté des grains s'est trop fait sentir en Franche-Comté, on a vu les gens de la campagne déserter leurs foyers pour trouver ailleurs leur subsistance; mais on n'a point compté, dans le nombre de ces fugitifs, les habitants des lieux de mainmorte et pas un seul peut-être des terres de Saint-Claude, parce qu'ils tiennent à leurs biens et qu'ils y trouvent les moyens de vivre.

« Au surplus, le dépouillement des registres publics des paroisses et les contrôles des actes, des contrats de mariage, feraient voir que les différences, soit par rapport au nombre, soit du côté de la quotité des constitutions dotales, sont toutes à l'avantage des lieux de condition mainmortable, comparés à ceux de franchise. Il était encore un autre moyen d'éclaircissement sur ces faits, celui de la comparaison des rôles des tailles et impositions royales. De plus grands détails seraient superflus : l'administration sentira qu'on en a trop dit sur un sujet qui a plusieurs fois été mis sous ses yeux, et qui ne devait plus y reparaître. »

[1] L'ancienne loi gombette était plus favorable à l'établissement des étrangers, elle portait : « Quæcumque persona de alia regione in nostram venerit, et ibi voluerit habitare aut cum quo esse voluerit, habeat licentiam, et nullus eum ad servitium aut per se adjicere præsumat, aut a nobis petere conetur. » (*Leg. Burg.*, addit. 2, art. 5, Recueil de Lindembrog, p. 307.)

Ce mémoire, dont nous n'avons supprimé que la partie relative à la discussion des titres du chapitre, ne repousse en aucun point les plaintes des mainmortables sur les effets légaux du droit de mainmorte. Il fut suivi de lettres patentes du Conseil du roi, en date du 18 février 1772, qui renvoyaient la connaissance et l'examen du procès au parlement de Besançon. Il nous a été impossible de nous procurer l'arrêt intervenu au parlement, et nous avons lieu de penser que la contestation n'était point terminée à l'époque où le décret du 4 août 1789 abolit pour toujours, et dans toute la France, le droit de mainmorte avec toutes ses conséquences. Peu importe, au surplus, la solution du procès. Nous aurons suffisamment rempli notre but si nous avons pu ajouter un document historique à ceux publiés antérieurement sur les effets de ce droit seigneurial.

AMB. BUCHÈRE,
Docteur en droit, substitut au tribunal de Rouen.

BIBLIOGRAPHIE.

Cours de droit administratif, par M. Ducrocq, professeur à la Faculté de droit de Poitiers; 2e édition; 1 vol. in-8°. Prix, 9 francs. Paris, Durand, 1863.

La *Revue historique* a déjà rendu compte de la première édition de cet ouvrage, épuisée en moins de deux ans. Nous ne pouvons cependant nous dispenser de dire ici quelques mots de la seconde, qui sans doute aura bientôt le même sort.

L'ouvrage de M. Ducrocq a en effet un mérite incontestable, celui d'être à la fois bref et précis. Un petit nombre de notions exactes, bien classées et dégagées de tout appareil purement scientifique, voilà le fond d'un bon livre élémentaire, et c'est là tout le livre de M. Ducrocq. Nous voudrions bien encore quelque chose de plus, à savoir quelques lignes d'histoire pour faire connaître le passé de nos institutions administratives. Cette histoire commence à être assez connue pour qu'il soit possible de la résumer, même dans les livres élémentaires. L'auteur a craint, sans doute, d'être entraîné trop loin, et beaucoup au delà des bornes qu'il s'était prescrites. Il a, d'ailleurs, l'expérience de l'enseignement, et peut, mieux que personne, en apprécier les nécessités.

Un livre de droit administratif a toujours cela d'intéressant qu'il contient un système, une classification personnelle à l'auteur. Nous approuvons complétement la classification de M. Ducrocq. Dans un traité du contentieux administratif, on peut rattacher toutes les matières au droit civil, et les traiter dans l'ordre même du droit civil, car le contentieux est, pour ainsi dire, le côté privé du droit administratif; mais un traité de droit administratif ne peut être conçu sur le même plan. Il doit s'attacher aussi, et surtout, au côté public des institutions, et c'est à ce point de vue qu'il doit se placer pour trouver une classification naturelle.

Celle de M. Ducrocq est très-simple. Il fait d'abord connaître les autorités et les juridictions administratives, puis la réglementation administrative des principes de droit public reconnus par la constitution; puis enfin les personnes morales du droit

administratif, c'est-à-dire l'État, les départements, communes, sections de communes, établissements publics et d'utilité publique, etc. C'est un cadre commode, où toutes les matières trouvent aisément leur place. On peut se demander encore pourquoi l'analyse des lois sur la propriété littéraire et les brevets d'invention dans un traité de droit administratif, car ces matières sont de pur droit civil ; mais les nécessités de l'enseignement l'exigent ainsi, et, comme le professeur de Code Napoléon doit se renfermer dans les limites du Code, toutes les lois particulières sont attribuées au professeur de droit administratif.

R. DARESTE.

Des sections de communes et des biens communaux qui leur appartiennent, par M. LÉON AUCOC, maître des requêtes au Conseil d'État; 2e édition ; 1 vol. in-18. Prix, 4 francs. Paris, Paul Dupont, 1864.

Parmi les innombrables lois qui composent notre droit administratif, on trouve un petit nombre de textes qui font mention des sections de commune comme de personnes civiles, possédant collectivement certains biens. C'est à peu près tout ce qu'en dit le législateur, car la loi sur l'organisation communale se borne à tracer une procédure pour les contestations qui peuvent s'élever entre une commune et une section.

C'est pourtant là un sujet des plus pratiques, car il y a au moins trente mille sections de commune en France, c'est-à-dire presque autant que de communes. Le département de la Creuse en renferme à lui seul 4,394, et celui de la Lozère 1,519. L'existence et les droits de ces sections donnent naissance à de fréquentes contestations sur lesquelles une jurisprudence est formée et se développe tous les jours. Réunir et discuter ces textes et cette jurisprudence, rechercher l'origine historique et la nature propre des sections de commune, faire de tout cela un corps de doctrine, tel est le but que s'est proposé M. Aucoc, et qu'il a atteint, sans nul doute, puisqu'en peu de temps une seconde édition de son ouvrage est devenue nécessaire. Hâtons-nous d'ajouter que cette seconde édition est un travail nouveau, enrichi de documents statistiques d'un grand intérêt, et parvenu à une forme définitive. L'auteur pourra perfectionner certains

détails par de nouvelles recherches, il n'a plus rien à modifier à un système dont tous les traits sont dès à présent bien arrêtés.

Pour M. Aucoc, la section de commune n'a pas une autre origine que la commune elle-même : c'est une personne civile, née de la culture collective, ou d'une concession faite à perpétuité aux habitants d'un même lieu. Les circonscriptions des paroisses et des communes ont englobé presque partout plusieurs de ces communautés primitives qui sont ainsi descendues à l'état de sections, mais qui n'en ont pas moins conservé leurs biens propres et l'administration de ces biens.

De nos jours, ces faits ont été mis pleinement en lumière par de savants travaux dont M. Aucoc donne l'analyse. Il aurait pu trouver des preuves nouvelles dans les coutumes et chartes locales, dans les inventaires des archives départementales. Le grand ouvrage de M. de Maurer sur la marche ou communauté germanique (*Markgenossen schaft*), aurait pu lui fournir aussi de précieux points de comparaison et des inductions utiles. Nous nous bornons à signaler ces sources aux travailleurs qui voudraient approfondir la question historique.

La commune, composée de plusieurs sections, est donc une sorte d'état fédératif. Un autre cas peut se présenter : c'est celui où plusieurs communes possèdent en commun certains biens, et en jouissent collectivement. De là les partages de communaux entre communes, partages que l'administration provoque, tandis qu'elle tend, par la force des choses, à absorber la section dans la commune. Nous trouvons, dans une affaire actuellement pendante au conseil d'État un curieux exemple de cette propriété collective. C'est celui de la vallée d'Ossau, dans le département des Basses-Pyrénées. Les dix-sept communes de cette vallée possédaient en commun sept montagnes, appelées *montagnes générales*. En 1401, les délégués de toute la vallée, réunis sous le nom de *jurade*, divisèrent la vallée, d'après le nombre de feux, en trois quartiers ou *vics*. A chacun de ces vics ils assignèrent une part de montagnes appelée *toque*, mais seulement pour trois ans, de sorte que tous les trois ans chaque *vic* entrait en jouissance d'une nouvelle *toque*. Chaque toque s'administrait elle-même, et les jurats ou délégués des communes intéressées réglaient les *vêtes* et *devêtes*, nommaient les gardes champêtres, et la jurade ou syndicat n'intervenait que pour le payement

des dépenses. Cet état de choses a subsisté jusqu'en 1802. Aujourd'hui un premier partage a déjà été opéré entre les communes du haut Ossau et celles du bas Ossau. Les biens de chacun des deux cantons sont administrés par un syndicat nommé conformément à la loi du 18 juillet 1837.

La vallée d'Ossau formait donc, comme on le voit, une confédération de communes, ce qui n'est pas absolument la même chose qu'une commune composée de plusieurs sections; au point de vue de la propriété communale, c'est le cas inverse de celui qui nous occupe ; mais par là même il nous semble jeter quelque lumière sur l'origine des sections. Ce sont d'anciennes communes qui sont restées personnes civiles, tout en cessant d'exister au point de vue politique et administratif.

Ce principe est fécond en conséquences. Il en résulte d'abord que les habitants de la section ne sont pas fondés à demander le partage des biens de la section, comme s'il s'agissait de simples biens indivis. Sans doute il appartient au gouvernement de prendre des mesures pour assurer la mise en valeur de ces propriétés, trop souvent improductives; mais, en exerçant ce pouvoir, le gouvernement ne doit pas perdre de vue le droit de la section considérée comme personne civile distincte de la commune, ce qui ne laisse pas que d'entraîner d'assez grandes difficultés pratiques dans le cas d'amodiation ou de vente. Il semble, en effet, que le législateur, en s'occupant de l'organisation communale, n'ait pas assez étudié les faits. Aussi ne peut-on qu'applaudir à la mesure récente par laquelle le ministre de l'intérieur a institué une commission pour examiner les questions que soulève la situation des biens des sections de commune et celle des biens communaux en général. Le travail de cette commission, dont M. Aucoc fait partie, aura pour base une statistique générale qui sera dressée par les soins des préfets.

Nous ne pouvons suivre l'auteur dans la discussion des questions nombreuses et difficiles qu'il a traitées, avec l'autorité que donnent de consciencieux travaux et une longue expérience. Nous nous bornerons à les indiquer sommairement. L'auteur traite de l'origine des sections avant et après 1789, de la constitution des sections et des moyens de reconnaître leur existence; puis vient un essai de statistique. Les chapitres suivants ont pour objet la représentation des intérêts des sections, les

droits des sections et les questions de compétence qui se rattachent à l'exercice de ces droits, les charges et les ressources des sections; l'administration, l'aliénation et le partage des biens des sections; enfin, les procès où les sections sont intéressées.

Ces indications suffisent pour montrer que le travail de M. Aucoc épuise complétement le sujet, autant, du moins, qu'il est possible aujourd'hui. Espérons qu'il voudra bien communiquer un jour au public le résultat des nouvelles études qu'il a provoquées, et que le gouvernementseul est en mesure d'entreprendre. R. DARESTE.

Inventaire sommaire des archives départementales de l'Aube, antérieures à 1790, rédigé par M. D'ARBOIS DE JUBAINVILLE, archiviste. Introduction à l'inventaire sommaire des séries C et D ; 1 vol. in-4° ; prix, 5 francs. Troyes, 1864.

Les séries C et D des archives départementales sont celles qui comprennent les documents provenant des anciennes administrations supprimées en 1790, et notamment des intendances. Ces documents, presque entièrement inexplorés jusqu'à ce jour, contiennent toute l'histoire de l'administration en France dans les deux derniers siècles. Rien n'est plus propre que le travail de M. d'Arbois de Jubainville à faire apprécier l'importance de ces documents, et la nécessité de les étudier. Sous forme d'introduction à un inventaire sommaire, il nous donne une monographie complète de l'intendance de Champagne au dix-huitième siècle. Cette intendance, composée des élections de Bar-sur-Aube, Châlons-sur-Marne, Chaumont en Bassigny, Épernay, Joinville, Langres, Reims, Rethel, Sainte-Menehould, Sézanne, Troyes, Vitry-le-Français, et du département de frontière de Champagne, qui avait Sédan pour chef-lieu, était une des plus importantes de France, et d'autant plus que l'intendant ne s'y trouvait pas en face d'états provinciaux.

M. d'Arbois de Jubainville analyse d'abord les actes relatifs aux impôts, tailles, vingtièmes, capitation. Il fait connaître, entre autres pièces, un procès-verbal de vérification générale dressé en 1779, pour la paroisse de Couvignon, par un contrôleur de la perception du vingtième, et la minute du rôle des vingtièmes pour la communauté de Chevillèles en 1787.

Après les impôts vient le domaine avec les droits joints (con-

trôle, insinuation, etc.). A ce sujet, M. d'Arbois de Jubainville publie une délibération prise par la compagnie des fermiers généraux du domaine en 1774, et formant le règlement du personnel de ce service. « Considérant, porte cet acte, combien il est important, pour le bien du service et l'intérêt du public de ne confier les emplois de la partie du domaine et droits y joints qu'à des sujets capables d'en bien remplir les fonctions, et voulant d'ailleurs, conformément à la délibération qu'elle a déjà prise le 6 mai dernier, pour la partie des traites, exciter de plus en plus l'émulation des employés, en établissant des règles invariables, d'après lesquelles ils puissent, sans le secours des protections, parvenir successivement aux différents grades que leur auront mérité leur intelligence et l'utilité de leurs services, etc. »

L'auteur s'occupe ensuite de l'administration militaire, puis du service des ponts et chaussées. Ce dernier service ne fut organisé qu'au commencement du dix-huitième siècle. C'est à lui qu'on doit effectivement la création des routes et des ponts. Dans la partie du département de l'Aube qui dépendait de la généralité de Champagne, un seul pont important, celui de Dienville, paraît antérieur à la création du corps des ingénieurs. C'est à l'ancienne administration des ponts et chaussées que sont dues la presque totalité des routes impériales et une grande partie des routes départementales actuelles. On en peut juger par un état officiel des grandes routes et chemins de communication de la généralité en 1787. M. d'Arbois de Jubainville publie cette pièce avec une concordance indiquant les numéros et noms actuels de ces routes et chemins. On voit par là que la longueur des routes de toute la généralité de Champagne en 1787 était de 1,719 kilomètres, tandis qu'en 1864 on compte, dans le seul département de l'Aube, 1,764 kilomètres de routes et chemins d'intérêt commun.

Rien de plus varié et de plus curieux que les papiers relatifs à la police. Elle touche à tout : affaires ecclésiastiques, instruction publique, presse, santé publique, commerce des denrées alimentaires, précautions à prendre contre les incendies, postes et messageries, lettres de cachet, renseignements demandés par l'autorité supérieure, police du roulage, surveillance des prisons et des dépôts de mendicité, tels sont les principaux objets des

actes de l'intendant, et M. d'Arbois de Jubainville nous fournit sur tous ces points de précieuses indications.

Nous arrivons à la partie la plus intéressante de ce travail, celle qui concerne l'administration communale. Les historiens qui se sont occupés de ce sujet ont trop souvent oublié qu'il fallait distinguer entre les villes et les simples communautés rurales. Les villes avaient un maire et des échevins, dont les droits étaient réglés par ordonnances royales. Telles étaient, dans la partie du département de l'Aube, qui dépendait de la généralité de Champagne, Bar-sur-Aube, Chaource, Méry, Mussy, Troyes, Villenauxe. Au contraire, les communautés rurales, parmi lesquelles se trouvaient des localités comme Arcis-sur-Aube, qui, en 1787, comptait 2,353 habitants, avaient pour seuls magistrats les officiers de justice désignés par les seigneurs. L'administration communale s'y exerçait par un conseil qui n'était autre que l'assemblée générale des habitants ; le rôle de pouvoir exécutif et de comptable y était rempli par un agent qu'on appelait *syndic*, qui était élu par cette assemblée, et qui devait à elle seule compte de son administration. Mais cet agent n'était pas magistrat : il ne pouvait pas rendre d'ordonnance, et l'usage ne lui donnait pas même qualité pour certifier exacts les procès-verbaux des assemblées des habitants : ces procès-verbaux devaient être passés par-devant notaire, ou par-devant un officier de justice, c'est-à-dire par-devant un délégué du seigneur.

Quand des contestations avaient lieu entre le syndic et ses administrés, elles étaient jugées par le juge seigneurial, qui même, quand l'intérêt public lui paraissait l'exiger, devait agir d'office, sur la réquisition du procureur fiscal, sauf appel aux juridictions supérieures, et, en dernier ressort, au parlement.

Depuis le règne de Louis XIV, le gouvernement s'efforça constamment d'enlever aux seigneurs la tutelle des communautés rurales pour la remettre à l'intendant et au conseil d'État. Un siècle après, le but était atteint, et ce changement profita aux communes, car c'est seulement à partir de ce moment qu'on voit régner un peu d'ordre dans leurs finances, et surtout dans la comptabilité des syndics.

Dans la généralité de Champagne, les syndics devaient être élus tous les ans au mois de décembre, pour entrer en fonctions

au 1er janvier (réglement des intendants de Champagne, des 6 octobre 1721 et 10 novembre 1778), ils étaient confirmés par le subdélégué, dont l'ordonnance énumérait les principales attributions confiées aux syndics. Le subdélégué pouvait refuser d'approuver l'élection. Il pouvait aussi révoquer l'élu, et même nommer d'office. Quant à la tenue des assemblées générales, elle fut réglée par diverses ordonnances des intendants. On voit que le gouvernement tendait à remplacer ces assemblées par des conseils de notables élus.

Nous ne parlons que pour mémoire des corporations industrielles et commerciales, ainsi que de l'agriculture. L'ouvrage se termine par la citation de quelques états de population empruntés à un manuscrit de la Bibliothèque impériale. Ces états indiquent par élections le nombre de feux composant chaque communauté en 1685, et le montant de la taille en 1659. On y voit que Brienne, qui compte aujourdhui 2,057 habitants, comptait 448 feux en 1665, 372 feux et 1,656 habitants en 1787.

Les extraits que nous venons de donner font assez voir quelle est la richesse des archives départementales, et on ne saurait trop remercier M. d'Arbois de Jubainville d'avoir bien voulu signaler ces trésors à l'attention des savants. Si un travail semblable était fait sur les anciens fonds d'intendance, l'histoire du droit administratif se trouverait achevée en même temps.

R. Dareste.

Coutumes municipales du département du Gers, recueillies et publiées par M. Bladé; 1re série, in-8°. Prix, 6 francs. Paris, Durand, 1864.

Au point où est parvenue la science de l'histoire du droit français, la division du travail est devenue une nécessité, l'histoire générale doit faire place à l'histoire locale, et celle-ci doit être précédée de la publication des textes inédits. On peut se faire une idée de ce qui reste encore à publier en jetant les yeux sur le recueil dont M. Bladé donne aujourd'hui la première série. Vingt-deux coutumes inédites, dans le seul département du Gers, et ce n'est encore qu'une faible partie de ce que M. Bladé a déjà recueilli ou de ce qu'il espère recueillir. Voici l'indication de ces coutumes, avec leurs dates :

Cazères (commencement du quatorzième siècle).

Sarraguzan (1294).
Gaudoux (1276).
Vivez (1283).
Villefranche (1293).
Sarrant (1265 et 1308).
Labejean (1313).
Aubiet (1288).
Polastron (1276).
Saint-Clar (1533).
Aguin (1553).
Saint-Martin-Viague (1278).
Monfort (1275 et 1309).
Mauvezin (1276).
Céran (1395).
Castelnau d'Arbieu (1312).
Solomiac (1327).
La Sauvetat (1270).
Nogaro (1481).
Eauze (1352).
Mirandé (1281).
L'Isle d'Arbeyssan (1308).

Il est vivement à désirer qu'une publication aussi intéressante soit promptement continuée ; elle sera couronnée par un volume d'études historiques sur le droit du sud-ouest de la France, au moyen âge et sous l'ancienne monarchie.

On ne peut douter que M. Bladé ne tire un bon parti des nombreux documents qu'il a recueillis et publiés avec une érudition exacte et sûre, et un sincère dévouement à la science.

De la compensation et des demandes reconventionnelles dans le droit romain et dans le droit français ancien et moderne, par Albert Desjardins, agrégé à la Faculté de droit de Nancy, docteur ès lettres. Ouvrage couronné par la Faculté de droit de Paris, in-8°. Prix, 5 francs. Chez Durand, libraire-éditeur.

Un jeune et brillant professeur de la Faculté de droit de Nancy vient de faire paraître sous ce titre un mémoire couronné en 1860 par la Faculté de droit de Paris. Ce sujet, qui offre peu

de questions importantes dans la législation actuelle, a un intérêt historique tout particulier, qu'il s'agisse soit de prendre parti dans les graves controverses soulevées par les interprètes du droit romain, soit de faire connaître le développement de la compensation dans notre ancien droit et dans le droit canon.

Nous remarquons dans la première partie une introduction savante sur la compensation et la reconvention chez les Grecs. M. Desjardins s'est rappelé à propos les sérieuses études qu'il a faites sur le barreau grec pour conquérir le grade de docteur ès lettres de la Faculté de Paris [1]. On ne trouve pas de trace de la compensation judiciaire dans la jurisprudence athénienne. L'auteur explique fort bien cette lacune, en rappelant que les jugements étaient rendus par boules, même en matière civile, ce qui restreignait le pouvoir du juge à prononcer une condamnation ou une absolution pour le tout. A propos de la reconvention, il montre l'erreur où tombent les littérateurs qui traduisent par *reconvenire* plusieurs mots grecs dont le sens est tout à fait différent. Il est bon que la jurisprudence s'occupe des lettres dans l'intérêt des lettres elles-mêmes. Aussi sommes-nous heureux de trouver des jurisconsultes nourris, comme nos vieux auteurs, de fortes études littéraires.

En quoi a consisté la réforme de Marc-Aurèle ? Telle est la question qui domine la matière en droit romain. M. Desjardins adopte le système si bien défendu par M. Frédéric Duranton. D'après ce système, comme on sait, l'exception de dol introduite dans les actions de droit strict autoriserait le juge à diminuer la condamnation. M. Ortolan a soutenu, au contraire, avec toutes les ressources de son érudition, que le juge devait absoudre le débiteur, pour peu que celui-ci eût une cause quelconque de compensation à faire valoir par l'exception de dol. Il est incontestable que sa théorie peut séduire un esprit logique. Mais, à notre avis, le savant professeur réussit plus à détruire le système contraire qu'à édifier le sien. M. Desjardins a cherché à faire, en quelque sorte, une *duplique*, en réfutant, à son tour, les objections de M. Ortolan. Nous avons remarqué principalement la manière dont le jeune professeur repousse l'objection de l'emploi du mot *summovere*, en montrant que cette expression

[1] *Essai sur les plaidoyers de Démosthènes*, 1862.

n'implique pas nécessairement la déchéance complète, et en expliquant d'une façon à la fois ingénieuse et savante les lois 11 ff. *De noxalibus actionibus,* 80, § 1, ff. *Ad legem Falcidiam,* 2, § 7, et 5, § 1, *De doli mali exceptione.* Nous appelons également l'attention sur un passage où M. Desjardins soutient contre M. Machelard [1] que la compensation peut être opposée à un esclave affranchi pour les dettes naturelles contractées par lui avant son affranchissement.

L'auteur se montre quelquefois hardi dans ses conclusions. Si ingénieuses que soient ses déductions, est-il bien fondé à expliquer le fameux texte de Paul (*Sent.* II, XII, 2), prohibant la compensation en matière de dépôt, comme indiquant seulement que la compensation ne soustrait pas le dépositaire infidèle à l'infamie? Il soutient aussi que la compensation a été toujours admissible, même sous les actions de la loi, même sous la procédure extraordinaire, nonobstant la différence d'objets entre les deux dettes. C'est là une idée neuve, peut-être conjecturale, en ce qui concerne les actions de la loi. Mais nous reconnaissons que M. Desjardins déploie, pour la faire adopter, une argumentation vigoureuse et serrée, et une grande habileté à tirer des principes tout ce qui peut y être contenu.

On sait que le droit romain renferme peu de renseignements sur la *mutua petitio;* le point de départ de l'auteur est évidemment le système développé par M. de Savigny dans son *Traité de droit romain* [2]. Cependant il s'en écarte d'une manière sensensible, notamment quand il prouve avec beaucoup de force, selon nous, que, le magistrat ne pouvant imposer aux parties un juge qui n'aurait point été ou choisi ou accepté par elles, la seule manière d'engager une demande mutuelle était d'obtenir une formule unique pour deux actions, et quand il étend aux *condictiones incerti* la faculté de réunir ainsi deux formules en une. L'auteur tire des principes qu'il a posés cette conséquence parfaitement juste que la mutuelle demande, sous le système formulaire, doit être formée avant la *litis contestatio* du premier procès. L'explication nouvelle de la célèbre loi : *Quum Papinianus* (Loi 14, Code : *De sententiis et interlocutionibus*) est

[1] *Des obligations naturelles en droit romain,* p. 184.
[2] Traduction de M. Guénoux, VI, p. 326.

ingénieuse. Peut-être l'est-elle même un peu trop ; mais elle s'accorde parfaitement avec le système qu'expose M. Desjardins.

Nous ne reproduisons pas ici toutes les remarques de détail que nous a suggérées la lecture de cette première partie. Nous préférons dire qu'il serait à désirer que le droit romain fût toujours traité avec cette indépendance et cette largeur de vues. Sans doute les textes sont attentivement étudiés ; mais l'auteur s'est surtout attaché à faire ressortir les principes et à en dégager les conséquences. En étudiant les maîtres du droit romain, non-seulement il a discerné avec clairvoyance leurs doctrines, mais il a suivi leur méthode et s'est inspiré de leur esprit.

La compensation et la reconvention furent longtemps interdites dans l'ancien droit. On enseigne généralement que cette interdiction avait été établie dans l'intérêt des seigneurs justiciers qui auraient été privés de leurs droits de justice, quand l'une ou l'autre de ces institutions leur aurait dérobé une cause. C'est ainsi que l'expliquaient les jurisconsultes des deux derniers siècles et ceux qui ont écrit depuis la rédaction des codes. M. Desjardins combat énergiquement cette thèse. Selon lui, la justice n'est devenue fiscale que dans le second âge de la féodalité, quand celle-ci, voyant son pouvoir politique lui échapper, a voulu recouvrer ou étendre sa fortune compromise, après les croisades, vers la fin du treizième siècle. C'est peu de temps après, que l'interdiction dont nous parlions tout à l'heure est devenue moins absolue. D'après le système généralement reçu, c'est alors qu'elle aurait dû s'étendre et s'affermir. L'auteur pense que la prohibition primitive tenait à la rigueur de la procédure orale du moyen âge, rigueur nécessaire à une époque où, rien n'étant fixé par écrit, il n'y avait de garantie que dans les délais et dans les formalités, et où l'attention des juges ne devait pas être distraite par les plaidoiries, moyen unique d'instruction. Plus tard, il est vrai, la fiscalité s'introduisit dans l'administration de la justice, et la jurisprudence s'en ressentit. Mais cette influence était combattue par l'influence du droit romain et du droit canon, représentant l'équité, et sur ce terrain encore la féodalité finit par succomber. Nous avons lu avec le plus vif intérêt la discussion dont nous venons de résumer brièvement les importantes conclusions. La question que traite ici l'auteur dépasse son sujet, et nous avons pu constater que le

jurisconsulte était aussi un historien. Il dissipe en critique clairvoyant des erreurs généralement admises, et rend ainsi un service véritable à l'histoire de notre ancien droit.

La reconvention n'est pas traitée par le législateur moderne. Aussi est-il indispensable de connaître l'état de l'ancien droit sur cette matière. Il a donné lieu à beaucoup de controverses. M. Desjardins adopte un système restrictif peut-être à l'excès. Il est fort difficile de déterminer d'une manière précise, dans quels cas et à quelles conditions l'ancienne jurisprudence admettait la reconvention. Elle nous a laissé les témoignages les plus contradictoires. Nous comprenons que M. Desjardins, qui faisait un livre sur la matière, ait tenu à donner une conclusion; mais la force de son argumentation n'a pu triompher de notre incertitude.

Nous ne dirons que peu de mots du droit actuel; c'était là assurément la partie la moins intéressante, quoique la plus pratique de l'ouvrage. Nous ferons seulement remarquer un heureux développement sur une matière d'un intérêt tout actuel, sur la matière des chèques, où la sagacité de M. Desjardins a su démêler un cas de compensation conventionnelle. L'économie politique tient une place chaque jour plus considérable dans les préoccupations de notre temps. Il faut que la jurisprudence apprenne à compter avec elle.

En somme, nous signalons avec plaisir aux lecteurs de la *Revue* ce livre remarquable qui a déjà reçu, nous le savons, l'approbation des juges les plus autorisés. Une connaissance approfondie du sujet et des principes généraux du droit, une érudition à la fois sûre et ingénieuse, qui sait être neuve sans être téméraire, une critique sagace, un ordre lumineux, un style à la fois élégant et sobre, tels sont les mérites que l'on trouvera réunis dans le livre de M. Desjardins. Nous félicitons la jeune faculté de Nancy d'avoir si brillamment inauguré ses travaux.

PAUL THUREAU DANGIN,
Auditeur au Conseil d'Etat, docteur en droit.

Cours élémentaire de droit romain, par M. Ch. DEMANGEAT, professeur de droit romain à la Faculté de droit de Paris. 1864. 2 vol. in-8°. Prix, 18 francs. Marescq aîné, libraire-éditeur, rue Soufflot, 17.

M. Demangeat vient de faire paraître sous ce titre ses claires

et savantes leçons. Sa publication était attendue avec impatience et par ceux qui avaient besoin d'apprendre le droit romain pour passer des examens et par ceux qui avaient le désir de l'apprendre de nouveau pour s'instruire. On dit que les livres ne remplacent pas les cours; cela est vrai. La lecture ne fixe pas assez l'attention parce qu'elle n'exige pas de celui qui la fait un effort d'activité ; au contraire, quand il faut prendre des notes, l'esprit est forcé de travailler et il retient mieux ce qui lui a coûté plus de peine. Mais le cours s'adresse forcément à un nombre restreint d'auditeurs ; la publication étend et perpétue l'enseignement dans l'intérêt de ceux qui étudient et pour l'honneur du professeur.

Aussi M. Demangeat a-t-il bien fait de publier son cours. Il y a déjà sur le droit romain un nombre considérable d'explications et de traités. Nous ne citerons dans la quantité que l'ouvrage de M. Ortolan, si remarquable par la richesse des renseignements, par la finesse ingénieuse et par l'enchaînement systématique des idées historiques, si soigneusement mis par son auteur au courant de la science dans ses éditions successives. Mais il n'en est pas des traités d'ensemble comme des monographies ; le sujet n'en est jamais épuisé ; la science et l'enseignement n'ont qu'à profiter du nombre et de la différence des travaux.

La publication de M. Demangeat comprend les matières contenues dans les deux premiers livres des Institutes, qui font l'objet du cours de première année. Après une *introduction* où l'auteur donne des définitions générales et explique le premier titre et la première moitié du second titre des Institutes, vient un *Abrégé de l'histoire externe du droit romain*. M. Demangeat y fait comprendre la distinction du *jus scriptum* et du *jus non scriptum*. Il adopte la division de Gibbon en quatre périodes, mais il la modifie un peu ; il prolonge la deuxième période jusqu'à l'avénement d'Auguste, au lieu de l'arrêter à la naissance de Cicéron, et la troisième jusqu'au règne de Constantin, au lieu de la terminer au règne d'Alexandre Sévère, modification qui se justifie sans peine, les dates qu'il prend correspondant à des changements essentiels dans la constitution politique et par suite dans le droit des Romains. Cet abrégé contient à peu près cent vingt pages. M. Demangeat passe ensuite à l'*His-*

toire interne. Il suit l'ordre des Institutes de Justinien, mais sans s'y asservir, comme sans se renfermer dans les dispositions qu'il y trouve. Il n'en donne pas le texte; c'est un cours de droit romain, non un commentaire des Institutes qu'il écrit : le titre de son ouvrage annonce « l'explication complète des Institutes de Gaïus et des Institutes de Justinien.» L'enseignement du droit romain, en se développant, est surtout devenu historique ; la découverte de Gaïus a grandement contribué à ce changement ; Gaïus tient autant de place que Justinien dans les cours de droit ; nous ne savons si on ne l'étudie pas plus volontiers et avec plus de confiance. Sans doute M. Demangeat n'a pas voulu donner au texte de l'empereur, en l'imprimant intégralement, une prépondérance apparente, qu'il ne devait pas lui laisser en réalité. Il ne reproduit pas même la division par titres ; il se contente de diviser par matières, et c'est seulement sous la première classification des personnes en libres ou esclaves qu'il indique le nombre et les numéros des titres correspondants des Institutes ; on ne retrouve pas cette indication sous les autres classifications. En général M. Demangeat divise peu ; il semble chercher l'ordre dans la suite des idées et dans l'analogie des cas ou des décisions, plutôt qu'il ne tient à l'indiquer d'avance par des intitulés et des numéros; peut-être cette méthode a-t-elle l'inconvénient d'imposer au lecteur un effort de plus, en retirant une ressource à la mémoire, quelquefois même à l'intelligence. L'indépendance que l'auteur conserve à l'égard des Institutes lui permet de faire rentrer naturellement dans son cadre les institutions omises par Justinien, par exemples la *manus*, le *mancipium*, la tutelle des femmes, les règles relatives à la distinction des *res mancipi* et des *res nec mancipi*, etc., sans qu'il soit besoin de recourir à des appendices.

Ce qui fait le caractère propre et le grand mérite de cet ouvrage, c'est la sûreté. Cette sûreté tient à deux causes. D'abord l'auteur a la plus profonde connaissance de la matière; il a tout vu, tout vérifié par lui-même ; on ne courrait pas risque de se tromper en affirmant qu'il n'y a pas dans son livre une seule citation de seconde main, même parmi celles qui sont empruntées aux auteurs classiques et aux grammairiens En second lieu il ne laisse rien au hasard ; il ne peut bannir entièrement la conjecture du droit romain, mais il distingue nettement les *sen-*

tentias et les *opiniones*, pour parler le langage de ce droit; il aime peu l'hypothèse et le système; il tient avant tout à ne rien assurer que de vrai et de prouvé et se préoccupe moins de ne rien laisser sans explicatiou. Son livre est en apparence peu riche en littérature juridique, comme disent les Allemands; ce n'est pas qu'il n'ait consulté et qu'il n'eût pu citer un grand nombre d'auteurs; mais il écrivait un cours élémentaire : reproduire beaucoup de systèmes, c'est reproduire non-seulement beaucoup de dissentiments, mais encore beaucoup d'erreurs; c'est de plus fatiguer inutilement la mémoire. Le vrai savant épargne aux autres la peine qu'il s'est donnée; c'est le résultat que ceux qui étudient ont besoin de connaître.

C'est surtout dans l'*Abrégé de l'histoire externe* que se montre le mérite dont nous parlons; c'est là qu'il était particulièrement nécessaire. On y trouve une quantité très-considérable de notes et de documents: il en est qui sont rattachés au sujet pour la première fois; la plupart sont transcrits, et avec une rigoureuse exactitude, d'une manière assez complète pour que le lecteur puisse juger et confirmer par lui-même l'induction qui en est tirée. On sait combien de systèmes sont nés sur l'histoire romaine, et particulièrement sur les premiers siècles de Rome; l'esprit de parti politique s'est ajouté bien souvent aux dissentiments des érudits; M. Demangeat s'est gardé soigneusement des écarts de tout genre; il expose ce qu'il y a de plus vraisemblable sur chaque question, sur l'origine de Rome, sur la formation du sénat, sur celle des ordres, sur la clientèle; il résume parfaitement les discussions auxquelles ont donné lieu la loi des Douze Tables et la légation en Grèce, la force de loi attribuée aux plébiscites. L'édit perpétuel de Julien, le droit de répondre accordé aux jurisconsultes, en dégagent ce qu'il y a d'essentiel et de décisif dans la controverse. Nous citerons aussi un très-remarquable passage où l'auteur explique un des points les plus obscurs de l'histoire romaine, l'influence de l'établissement des tribus locales sur l'organisation des comices par centuries.

Il y a aussi dans l'*Histoire interne* bien des points sur lesquels nous voudrions insister. Nous indiquerons seulement à la page 242, la démonstration de cette idée que le seul consentement ne suffit pas pour les *justæ nuptiæ;* à la page 559, l'explication de la règle qui exige la bonne foi au moment de la vente

pour l'usucapion, *pro emptore*. Nous signalerons aussi le résumé lucide des controverses sur la nature de la possession et l'explication des divers modes et conditions d'acquisition des servitudes.

Le style n'est pas moins digne d'éloges que la composition et que la doctrine. Il n'est pas facile de bien écrire le droit ; tout le monde n'a pas la précision, cette qualité dominante et nécessaire qui n'est autre chose que la sûreté dans l'expression provenant de la sûreté de la pensée et la complétant. Le style de M. Demangeat est simple et pur, ses phrases ne sont ni trop longues ni chargées d'incises inutiles; il n'accumule pas plusieurs idées à côté les unes des autres, au risque de nuire à toutes. On sent l'autorité d'un maître qui a le droit de se faire écouter et croire, et l'on trouve la clarté dont tout écrivain a besoin pour se faire comprendre. Il en est de la manière d'écrire, de l'auteur comme de l'ordre qu'il adopte et des décisions qu'il donne, il cherche ce qu'il y a de plus naturel, certain de rencontrer ainsi ce qu'il y a de plus sûr et de plus vrai.

En somme, le cours publié par M. Demangeat doit avoir auprès d'un public nombreux autant de succès que son enseignement en obtient depuis dix ans bientôt auprès de son auditoire. Il n'a rien perdu à être imprimé. Ces belles qualités du professeur, la précision de l'impression, la clarté du langage, la sûreté de la doctrine, la simplicité de l'enseignement obtenue par la science seront d'autant mieux appréciées qu'elles sont fixées par l'impression. Le cours est élémentaire en ce sens qu'il peut être sans peine compris par tout le monde, mais il n'est personne, même parmi les savants, qui puisse le consulter sans fruit. Nous nous rappelons avoir vu, il y a quelques années, le savant doyen de la Faculté de Paris, M. Pellat, assiter régulièrement au cours que M. Demangeat faisait alors pour la première fois ; nous n'avons besoin que de nous reporter à nos souvenirs pour savoir quel est le jugement de la science sur l'ouvrage qui vient d'être publié.

ALBERT DESJARDINS,
Agrégé à la Faculté de droit de Nancy, docteur ès lettres.

FIN DE LA DIXIÈME ANNÉE.

TABLE DES MATIÈRES.

Du classement, au point de vue domanial, des édifices affectés à un service national, départemental ou communal, par M. Ducrocq, professeur de droit administratif à la Faculté de Poitiers. 5

Etude historique sur le droit de réduction des libéralités faites aux établissements publics, par M. Paul Bernard, docteur en droit, substitut du procureur général à Amiens. 37

Bibliographie. — Ch. Le Gentil. Essai historique sur les preuves sous les législations juive, égyptienne, indienne, grecque et romaine, avec quelques notes touchant les lois barbares et le vieux droit français, par M. Charles Abel, docteur en droit. 90

P. Juan Antonio Seoane. *Jurisprudencia civil vigente espanola y estrangera*, par M. R. D. 94

Filippo Serafini. Le télégraphe dans ses relations avec la jurisprudence civile et commerciale, par M. R. D. 95

Quotité disponible, par M. J. Réquier, président de chambre à la Cour impériale d'Agen. 97

Du classement, au point de vue domanial, des édifices affectés à un service public national, départemental ou communal (suite), par M. Ducrocq, professeur de droit administratif à la Faculté de droit de Poitiers. 121

Coutumes de Larroque-Timbaud, par M. A. Moullié. 141

De l'esclavage chez les Romains, par M. G. de Caqueray, professeur de droit romain à la Faculté de Rennes. 193

Notice sur un manuscrit du grand coutumier de France conservé à la bibliothèque du Vatican, par M. Eugène de Rozière. 251

Note additionnelle aux stils de Villefranche de Conflent, par M. Eugène de Rozière. 261

Bibliographie. — Vito la Mantia. *Consuetudini delle città di Sicilia*, par M. Eugène de Rozière. 263

Nypels. Le droit pénal français progressif et comparé, par M. R. D. 265

Charles de Franqueville. Les institutions politiques, judiciaires et administratives de l'Angleterre, par M. R. D. 268

Du classement, au point de vue domanial, des édifices affectés à un service public national, départemental ou communal (suite), par M. Ducrocq, professeur de droit administratif à la Faculté de Poitiers. 273

De l'esclavage chez les Romains (suite et fin), par M. G. de Caqueray, professeur de droit romain à la Faculté de Rennes. 303

Notice d'un manuscrit du grand coutumier conservé à la bibliothèque de Rouen, par M. R. Dareste. 351

Bibliographie. — Rodolphe Dareste. La justice administrative en France ou Traité du contentieux de l'administration, par M. Léon Aucoc, maître des requêtes au Conseil d'Etat. 355

Eugène Burnier. Histoire du Sénat de Savoie et des autres compagnies judiciaires de la même province, par M. E. Caillemer, professeur agrégé à la Faculté de droit de Grenoble. 364

De la condition des enfants illégitimes dans l'ancien droit français, par M. Louis AMIABLE. 369

Coutumes de Larroque-Timbaud (suite), par M. A. MOULLIÉ. 391

Un manuscrit inédit d'Antoine de Govéa, par M. E. CAILLEMER, professeur à la Faculté de droit de Grenoble. 416

BIBLIOGRAPHIE. — Félix LIOUVILLE. De la profession d'avocat, par M. J.-J. DELSOL, avocat à la Cour impériale de Paris, docteur en droit. 443

NYPELS. Traduction du Code pénal prussien, par M. A. VALETTE, professeur à la Faculté de droit de Paris 448

H. DONIOL. Cartulaires de Brioude et de Sauxillanges, par M. A. BARDOUX. 450

Th. DEROME. Considérations sur la loi relative à l'instruction des flagrants délits devant les tribunaux correctionnels, par M. V. CHAISEMARTIN, procureur impérial à Loches. 453

BERTIN DU ROCHERET. Journal des Etats tenus à Vitry-le-François en 1744, par M. Ch. GILLET. 456

Charles PERRIN. De la richesse dans les sociétés chrétiennes, par M. Anicet DIGARD. 462

Spiridion ZÉZAS. Essai historique sur la législation d'Angleterre depuis les temps les plus reculés jusqu'au douzième siècle. 463

LEGRAND DU SAULLE. La folie devant les tribunaux. 464

Les coutumes du val d'Orbey. 465

Un procès de mainmorte en Franche-Comté en 1772, par M. Amb. BUCHÈRE, docteur en droit, substitut au tribunal de Rouen. 521

BIBLIOGRAPHIE. — DUCROCQ. Cours de droit administratif, par M. R. D. 542

Léon AUCOC. Des sections de communes et des biens communaux qui leur appartiennent, par M. R. D. 543

D'ARBOIS DE JUBAINVILLE. Inventaire sommaire des archives départementales de l'Aube, antérieures à 1790, par M. R. D. 596

BLADÉ. Coutumes municipales du département du Gers. 549

Albert DESJARDINS. De la compensation et des demandes reconventionnelles dans le droit romain et dans le droit français ancien et moderne, par M. Paul THUREAU DANGIN, auditeur au Conseil d'Etat, docteur en droit. 550

Ch. DEMANGEAT. Cours élémentaire de droit romain, par M. Albert DESJARDINS, agrégé à la Faculté de droit de Nancy, docteur ès lettres. 555

FIN DE LA TABLE DES MATIÈRES.